J. germ.
1345 b (2,1

ANSTREICHG.

<36621155480014

<36621155480014

Bayer. Staatsbibliothek

J. germ. 1345 b

System

des

Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Von

Dr. Carl Crome,

o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Zweiter Band.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erste Hälfte.

(Titel, Bogen 1—37.)

Crome
Dt. Bürgerl. Recht
2,1

Tübingen und Leipzig
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1902.

Die beiden Hälften dieses Bandes werden zusammen ausgegeben und nicht einzeln verkauft.

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen und Leipzig.

Die
partiarischen Rechtsgeschäfte
nach römischem und heutigem Reichsrecht.
Nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge
von
Dr. Carl Crome,
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.
8. M. 9.60.

Die Civilprozeßordnung
für das Deutsche Reich.
Erläutert von
Professor Dr. L. Gaupp.
Fünfte Auflage.
Bearbeitet von
Professor Dr. Friedrich Stein.
In zwei Bänden. Lex. 8.
Subscriptionsausgabe in 26—27 Lieferungen à M. 1.35.
Erster Band (entspricht den Lieferungen 1—13). 1901.
In der Subscription M. 17.55. Gebunden M. 20.05.
Erschienen bis Lieferung 20.
(Band I vollständig, Band II Bogen 1—35.)

Die eigenartigen Vorzüge des **Gaupp-Stein**'schen Commentars sind in den **Urteilen der Fachzeitschriften** erschöpfend gewürdigt worden. Als **bedeutungsvoll** wurde für den **Unterschied** zwischen dem **Gaupp-Stein**'schen und den **anderen größeren Commentaren** hervorgehoben, daß der Verfasser **im Rahmen des Commentars eine möglichst zusammenhängende Darstellung des Prozeßrechts giebt**, also die Zwecke des **Commentars** und des **Lehrbuches** in der Commentarform vereinigt.

Die charakteristischen Grundzüge des Commentars in Anlage und Durchführung: **Die vom Gesetzesworte absehende systematische Erläuterung der einzelnen Vorschriften, die erschöpfende Heranziehung des litterarischen Apparates und die soweit möglich vollständige Berücksichtigung der veröffentlichten Rechtssprüche, auch solcher der unteren Instanzen, endlich die grundsätzliche Zurückdrängung des nur theoretisch Bedeutsamen gegenüber dem praktisch Wichtigen** — sind ihm auch in der neuen Bearbeitung durch Professor Dr. Stein erhalten geblieben.

Trotzdem die vierte Auflage sehr hoch bemessen wurde, ist sie schon vor ihrer Vollendung durch Subscription vergriffen.

Die wenigen und nur im ersten Band der 5. Auflage vorkommenden Abweichungen von der 4. Auflage wurden den Subscribenten der letzteren in Form von „Berichtigungen und Nachträgen" unentgeltlich nachgeliefert. Der zweite Band stimmt in beiden Auflagen völlig überein.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

System des Deutschen Bürgerlichen Rechts

II.

System

des

Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Von

Dr. Carl Crome,
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Zweiter Band.

Recht der Schuldverhältnisse.

Tübingen und Leipzig
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1902.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Die Verlagsbuchhandlung behält sich das Recht der Uebersetzung
in fremde Sprachen vor.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei, Freiburg i. B.

Inhalts-Verzeichniß.

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.
Erster Abschnitt.
Allgemeines Schuldrecht.
Erstes Kapitel.
Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

Zweites Kapitel.
Inhalt der Schuldverhältnisse.

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Viertes Kapitel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Seite

Zweiter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erstes Kapitel.

Verfügungsgeschäfte.

Zweites Kapitel.

Ueberlassung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung.

Drittes Kapitel.

Darlehen. Renten.

Viertes Kapitel.

Uebernahme von Arbeiten und Geschäftsbesorgungen.

Fünftes Kapitel.

Gesellschaft und Gemeinschaft.

Sechstes Kapitel.

Glücks- und Sicherungsverträge.

Siebentes Kapitel.

Verpflichtungsgeschäfte ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt des Schuldversprechens.

Achtes Kapitel.

Gesetzliche Verpflichtungen zum Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensbereicherung und auf Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.
Allgemeines Schuldrecht*.

Erstes Kapitel.
Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

I. Begriffsbestimmung**.

A. Schuldverhältniß (Obligation).

§ 138.

Der allgemeine Begriff des Schuldverhältnisses ist schon entwickelt [1]). Es handelt sich um ein relatives, also unmittelbar gegen eine andere Person, den Verpflichteten, gerichtetes Recht, kraft dessen der Berechtigte von dem Verpflichteten eine gewisse Handlung (Leistung) verlangen darf. Der Berechtigte heißt hier der Gläubiger, der Ver-

*) Hauptsächlichste ältere Monographieen: Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, 2 Bde. (1840); Savigny, Das Obligationenrecht, 2 Bde. (1851, 1853, unvollendet); Molitor, Les obligations en droit romain, 3 Bde. (1851—53); Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. und preuß. Recht, 3 Bde. (2. Aufl. 1859); Ryk, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deutschen Recht (1889); Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht, Bd. 1 u. 2 (1878—1890); Crome, Die Grundlehren des franz. Obligationenrechts (1894).

Das neue Recht behandeln Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1897); Schollmeyer, Das Recht der einzelnen

pflichtete der Schuldner. Der Ausdruck Schuldverhältniß soll die rechtliche Beziehung (iuris vinculum), welche durch das in Rede stehende Recht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschaffen wird, für beide gleichmäßig zum Ausdruck bringen[2]). Sieht man allein auf das Recht des Gläubigers, so spricht man von „Forderung"; die entsprechende Pflicht des Schuldners nennt man alsdann die „Schuld" (Verbindlichkeit) ꝛc.[3]).

Demnach ist Forderungsrecht das Recht einer Person auf ein bestimmtes Handeln einer anderen Person. Oder: kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner die Leistung zu fordern. § 241 BGB. Unter dem Handeln ist auch hier[4]) nicht blos das positive, sondern ebensosehr ein negatives Handeln (Unterlassen, Dulden) zu verstehen. § 241 hebt dies besonders hervor (obligationes ad non faciendum)[5]). — Die Leistung muß begrifflich erzwingbar sein, soweit wie Rechtspflichten überhaupt[6]).

1. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist aus dem römischen Recht entlehnt. Von dort ist die scharfe Unterscheidung gegenüber den

---

Schuldverhältnisse (1897); Dernburg, Die Schuldverhältnisse, 2 Bde. (1899, 1901). S. auch v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts (seit 1890; vornehmlich den speziellen Theil behandelnd).

** Ueber Definitionsversuche seit der Zeit der Glossatoren s. Ryk, Die Obligation (1878). Im Uebrigen Savigny I §§ 2–4; Brinz i. Grünhut's Ztschr., Bd. 1 S. 11; dagegen Rümelin im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 68 n. 8 u. wieder Brinz eod. Bd. 70 n. 12; Hartmann, Die Obligation (1875) S. 20 ff., 119 ff.; Sohm in Grünhut's Ztschr. Bd. 4 S. 457; Thon, Rechtsnorm und subj. Recht (1878) S. 191 ff.; v. Schey in Grünhut's Ztschr. Bd. 9 S. 359; Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe Bd. 2 (1883) S. 198 ff.; Ryk, Schuldverhältnisse S. 3; Kuntze, Die Obligation im röm. u. heut. Recht (1886); Kohler in Grünhut's Ztschr. Bd. 14 S. 3.

Stammler §§ 1–8; Dernburg I §§ 1—8; Endemann I §§ 96—99; Cosack § 80; Mathiaß I §§ 72, 73; Enneccerus (2. Aufl.) I §§ 147 ff.

1) S. o. Bd. I § 30.

2) Die gleiche Bezeichnung bezwecken die Römer mit dem Ausdruck obligatio, und noch heute redet man auch bei uns von „Obligation" und „Obligationenrecht" an Stelle der „Schuldverhältnisse". Vgl. pr. J. de obl. 3, 13: Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Daß die Römer den Ausdruck obligatio auch noch in anderer Weise verwertheten, kommt für uns nicht in Betracht.

3) Beide gehören aber unbedingt zusammen; sie sind nur Theile eines und desselben Rechtsverhältnisses. Auch in § 241 BGB., wo nur vom Recht des Gläubigers die Rede ist, wird die rechtliche Verpflichtung des Schuldners als selbstverständlich vorausgesetzt.

4) Wie so oft. S. schon oben Bd. I §§ 107, 108 Ziff. 4. Näheres über die Unterlassung als Leistung bei Wendt, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 92 S. 5 ff.

5) Vgl. dazu besonders Dernburg § 7.

6) S. o. Bd. I § 29 Ziff. 3. Wegen der Zwangsmittel u. § 141 zu Note 3 ff. S. übrigens § 140.

absoluten, namentlich den dinglichen Rechten überkommen, die unser Gesetz auszeichnet. Die Schuldverhältnisse bestehen nur von Person zu Person: sie enthalten keinerlei direkte Herrschaft über Sachgüter[7]). So selbst da nicht, wo das Schuldverhältniß, wie nicht selten, auf Erlangung einer unmittelbaren Herrschaft gerichtet ist, z. B. auf Erlangung des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte. Das Schuldverhältniß auf Einräumung dieser Rechte gibt eine direkte Sachherrschaft noch nicht[8]); es ist nur eine Vorstufe (causa, Titel) zum dinglichen Rechtserwerb, der sich demnächst besonders vollziehen muß[9]). — Um dieses auszudrücken, hat man beim Schuldverhältniß auch wohl von einer Herrschaft über den Willen des Schuldners gesprochen. Wie der dinglich Berechtigte über die seinem Recht unterworfene Sache, so habe der Gläubiger ein Herrschaftsrecht über die Person des Schuldners! Doch geht diese Vorstellung nach anderer Richtung fehl; denn der Wille des Schuldners, wie seine Person, bleibt auch im Schuldverhältniß frei[10]). Man muß sich für die Wesens-

---

7) S. darüber die bei Windscheid, Pand. II § 250 Note 2 Citirten, insbes. den oben cit. Aufsatz von Sohm.

8) M. a. W. es ist abgelehnt das vorzugsweise im Preuß. Recht entwickelte sog. Recht zur Sache (ius ad rem), wonach jedes, also auch ein obligatorisches Recht auf Erlangung einer Sache unter gewissen Umständen (namentlich durch Erlangung des Besitzes) dinglich werden konnte und schon von vornherein gewisse relativ dingliche Eigenschaften hatte. Diese machten sich vor Allem bei erfolgter zweimaliger Uebertragung der Sache durch denselben Autor geltend. Die relativ dingliche Qualität des Rechts zur Sache bewirkte hier, daß der spätere Erwerber, der das Recht zur Sache des früheren Erwerbers kannte, diesem selbst dann weichen mußte, wenn er sich inzwischen die Sache hatte tradiren lassen, also gegen Dritte unzweifelhaft Eigenthum an derselben erworben hatte! Vgl. Preuß. A.LR. I, 10 § 25; I, 19 § 5. Diese Auffassung hat weder in den röm. noch in den deutschen Rechtsquellen einen Boden. Sie beruht im Wesentlichen auf den älteren, heute als verfehlt erkannten Bestrebungen, röm. und deutsche Rechtsgrundsätze um jeden Preis miteinander zu vereinigen. Gerade durch die näheren Ausführungen, die Ziebarth, Realexekution und Obligation (1865), insbes. §§ 14—19, diesem Rechte gewidmet hat, ist seine innere Folgewidrigkeit besonders zu Tage getreten. Gegen dasselbe haben sich seinerzeit schon namhafte preußische Juristen erklärt. Z. B. wie soll es sich rechtfertigen, daß das Recht zur Sache zwar ein Recht auf Herausgabe der Sache gegen denjenigen gewährt, der sie iusto titulo erworben hat während er das Recht zur Sache kennt (s. o.), nicht aber gegen den, der die Sache gänzlich ohne Titel besitzt! Vgl. auch Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I § 77; Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatrecht II § 78 S. 82 u. A. S. übrigens über die Möglichkeit einer „Vormerkung" obligatorischer Rechte mit Beziehung auf Immobilien im Grundbuch nach heutigem Recht: § 883 BGB. Dadurch wird nicht die Obligation mit dinglicher Wirkung ausgestattet, sondern es tritt ein bestimmt geartetes Anwartschaftsrecht (s. o. § 33) auf den dinglichen Rechtserwerb hinzu, das dem Berechtigten nicht mehr willkürlich entzogen werden kann. Näheres darüber im Sachenrecht.

9) Vgl. o. § 71 Ziff. 10.

10) Dies zeigt sich namentlich auch bei der Zwangsvollstreckung gegen

bestimmung des letzteren an dem persönlichen Bindungsverhältniß der beiden Betheiligten untereinander genügen lassen, kraft dessen die eine Person ein Recht auf Leistung wider die andere Person hat[11]).

2. Der Inhalt des Rechts fällt also hier ganz zusammen mit der Pflicht der gegenüberstehenden Person, und dadurch unterscheiden sich die Schuldverhältnisse wesentlich von allen anderen, insbesondere von den dinglichen und den Familienrechten. Doch können sich auch an diese letzteren sehr wohl Schuldverhältnisse anknüpfen, z. B. auf Herausgabe, Ersatz 2c.[12]). Doch erscheint hier das Schuldverhältniß nur als Annex der betreffenden anderen Rechte und wird im Rechtssystem nur im Zusammenhang mit jenen behandelt. Z. B. die Forderung auf Unterhalt mit den Familienverhältnissen, aus denen sie entspringt; die Vermächtnißforderung mit dem Institut des Vermächtnisses. Vgl. §§ 1601ff., 2174 BGB. Die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse finden regelmäßig auch auf diese Annexe Anwendung.

Auf der anderen Seite sind auch die selbständigen Forderungsrechte, von denen wir hier handeln, durch obige Begriffsbestimmung deutlich geschieden vom allgemeinen Recht des Anspruchs[13]), obschon der Wortlaut des § 194 Abs. 1 BGB. kaum einen Unterschied von § 241 erkennen läßt[14]). Das beiderseits zu verlangende „Thun oder Unterlassen" ist bei dem Schuldverhältniß eine konkrete Leistung, in welcher sich das Recht des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners erschöpfen; der Anspruchsbegriff ist weiter. Geht der Anspruch aus anderen relativen oder absoluten (z. B. Familien-, dinglichen) Rechten hervor, so deckt er sich weder mit dem subjektiven Recht, noch konzentrirt

---

die Person des Schuldners. Während das röm. Recht hier strikt von dem Grundsatz ausging „nemo praecise cogi potest ad faciendum" (auf ähnlichen Erwägungen beruhen Preuß. A.LR. I, 5 §§ 408ff., Art. 1142 code Napoléon), wird heutzutage unter Umständen zwar zur Erfüllung von Handlungen nach §§ 887, 888 CPO. auch direkter Zwang gegen den Schuldner zugelassen, aber doch nur in engen Grenzen (s. besonders § 888 i. f.); und wenn der Zwang fruchtlos blieb, findet kein weiterer in dieser Hinsicht statt.

11) A. M. Cosack § 80 Ziff. 2. Die dortige Meinung hängt mit der oben Bd. 1 § 29 Ziff. 1 erwähnten zusammen.

12) Z. B. der Eigenthümer hat ein Forderungsrecht auf Herausgabe oder Ersatz der von der vorenthaltenen Sache gezogenen oder zu ziehenden Früchte; der Eigenthümer der zum Nießbrauch oder Faustpfand gegebenen Sache auf gute Behandlung derselben durch den Nießbraucher, Pfandgläubiger 2c. oder auf Schadensersatz. Ehefrau und Kinder, deren Vermögen vom Mann und Vater verwaltet wird, haben Ansprüche auf Leistung alles dessen, was sich aus ordnungsmäßiger Verwaltung des anvertrauten Vermögens ergibt. Aus dem Vermächtniß entspringt ein Forderungsrecht des Bedachten wider den Beschwerten 2c.

13) S. o. Bd. I § 35.

14) Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 39ff.

letzteres sich auf eine ein für alle Mal bestimmte Leistung; sondern es erzeugt Ansprüche verschiedener Art nach Lage der Sache, z. B. auf Herbeiführung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes, Herstellung des ehelichen Lebens u. dgl. Das schließt nicht aus, daß auf den einzelnen entstandenen Anspruch vielfach die Regeln der Schuldverhältnisse entsprechende Anwendung finden: z. B. über das Maß der Haftung des Verpflichteten (Sorgfalt, Verzug), Abtretung des Anspruchs u. dgl. (vgl. §§ 276ff., 413 mit §§ 931, 987 i. f., 990 bes. Abs. 2, 993 Abs. 1, 1359, 1664, 2018ff. BGB.), sodaß sich das allgemeine Schuldrecht vielfach thatsächlich zu einem allgemeinen Anspruchsrecht ausweiten läßt[15]).

3. Die Schuldverhältnisse sind überwiegend zu ihrer eigenen Aufhebung bestimmt: durch Bewirkung der Leistung (§ 241), auf welche sie gehen. Nur selten ist die Leistung von der Art, daß sie eine dauernde Ausübung des Forderungsrechtes gestattet. Allerdings kommt auch dies vor; so insbesondere bei Schuldverhältnissen auf Unterlassen oder Dulden (obligationes ad non faciendum). In den meisten Fällen aber liegt der Zweck des Schuldverhältnisses ausschließlich in der Zukunft: solange das Forderungsrecht besteht, ist der Gläubiger unbefriedigt, und seine Befriedigung hebt das Schuldverhältniß selbst auf (vgl. §§ 362ff. BGB.). Die Schuldverhältnisse sind daher die rechtliche Form, durch welche die nothwendigen Veränderungen in den wirthschaftlichen Verhältnissen der Privatpersonen vermittelt werden. Sie sind im Rechtssysteme das bewegliche Element, im Gegensatz namentlich zu den stabilen dinglichen Rechten. Die Schuldverhältnisse dienen im Rechtsleben

a) einmal zur Vermittelung des Güterverkehrs. In ihnen vollzieht sich der Austausch der Güter. Sie sind causae adquirendi[16]) und überhaupt die rechtliche Gestalt des Verkehrs.

b) Im Weiteren sind die Schuldverhältnisse die Form, um Störungen der Rechtsordnung privatrechtlich auszugleichen. Sie sind

---

15) Vgl. Plank, Kommentar Bd. 2 S. 4; Enneccerus § 147 II.

16) S. schon oben Bd. 1 §§ 73 i. f., 75. Daher auch ihre Stellung im System vor den dinglichen Rechten, deren Erwerb sie vielfach erst vermitteln. Dazu tritt der didaktische Gesichtspunkt, daß der dingliche Rechtserwerb vielfach die Kenntniß obligatorischer Verhältnisse voraussetzt, und daß das Allgemeine Schuldrecht mit dem Allgemeinen Theil des ganzen Rechtssystems so enge zusammenhängt, daß es unzweckmäßig wäre, es davon räumlich zu sehr abzusondern. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist daher mit Recht von der ehemaligen Reihenfolge, die das Sachenrecht vor den Schuldverhältnissen behandelte, zurückgekommen.

die rechtliche Form, in der sich namentlich bei absoluten Rechtsverletzungen der Ersatz vollzieht. Vgl. §§ 823 ff. BGB.

4. Auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse folgt unser Gesetz in weitem Umfange dem römischen Recht, wie letzteres ein Vorbild fast aller modernen Gesetzbücher über diesen Gegenstand geworden ist. Der Grund liegt in der vorzüglichen Ausbildung, welche die Materie durch die römischen Juristen auf Grund eines dem unsrigen verwandten hochentwickelten Verkehrs gefunden hatte, dem sich aus der Geschichte der übrigen Kulturvölker nichts annähernd Gleiches an die Seite stellen läßt. Gleichwohl darf man nicht wähnen, daß unser Gesetz einfach die Regeln des römischen Obligationenrechts wiedergebe. Wir sind auch hier zwar durch das römische Recht hindurch, aber weit über dasselbe hinausgekommen. Vor Allem haben wir es seines formalen Rigorismus und seiner nationalen Eigenthümlichkeiten entkleidet[17]); wir haben seinen Inhalt durch Aufnahme zahlreicher neuer Institute erweitert[18]). Endlich haben wir sogar den Grundcharakter des Schuldverhältnisses selbst in aufsteigender Entwicklung vervollkommnet. Letzteres konnte im römischen Recht wegen der dort herrschenden individualistischen Auffassung nicht zu der ihm gebührenden Entfaltung kommen. Den Römern war das Schuldverhältniß nichts Anderes als das Gebundenheitsverhältniß von Person zu Person (vinculum iuris); daher abgezogen von diesen Personen gar nicht denkbar. Denn die Beziehung von A zu B ist nicht die Beziehung von A zu C oder von C zu D. Daraus ergab sich die Unablöslichkeit der Schuldverhältnisse von ihren Subjekten — die Unübertragbarkeit sowohl auf der Gläubiger- als auf der Schuldnerseite, wodurch diese Rechte unfähig wurden, gleich anderen ein Objekt des Verkehrs zu werden. Diese Bestandtheile des Vermögens waren geradezu dem Verkehr entzogen: die Uebertragung wurde nur unvollkommen und auf Umwegen erreicht. Unsere moderne Auffassnng, welche sich auf Grund anderer wesentlich deutscher Einflüsse gewöhnt hat, auch Rechte

17) Z. B. hinsichtlich der Entstehungsgründe ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto, der beschränkten Anzahl der Kontrakte (der sog. Verbal-, Litteral-, Real- und Konsensualkontrakte) und der Delikte, die ebenfalls auf ganz bestimmte Erscheinungen begrenzt sind. Alles dies ist formalistisch und wenig erschöpfend. Ueber die Entwickelung bei uns s. schon oben Bd. 1 § 79 Note 9. Heutzutage gibt es namentlich im Vertragsrecht keine derartigen charakteristischen Kennzeichen (causae civiles) der Verpflichtung. Es genügt übereinstimmende Willenserklärung der Parteien über eine nach allgemeinen Grundsätzen geeignete Leistung.

18) Z. B. der Anweisung, Auslobung im modernen Sinne, des Instituts der Inhaberpapiere u. s. w.

ähnlich wie Sachen als Objekte von Rechten anzusehen[19]) und demgemäß z. B. einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an Forderungsrechten kennt[20]), mußte konsequent auch die volle Uebertragung von Schuldverhältnissen auf einen anderen Berechtigten bei unverändertem Bestande des Verhältnisses zulassen[21]). Ja die gleiche Uebertragbarkeit hat man neuestens auch auf der Passivseite des Schuldverhältnisses zugelassen und demgemäß eine Uebertragung von Schulden für möglich erklärt[22]). S. §§ 398ff., 414ff. BGB. Dadurch ist das Schuldverhältniß, obschon es an sich nur in der relativen Beziehung zweier Personen zueinander (auf Leistung) besteht, doch gewissermaßen in seinem Bestand objektivirt. Es kann von seinen ursprünglichen Subjekten abgelöst und mit unverändertem Inhalt auf andere Personen übertragen werden. Es ist Verkehrsobjekt im heutigen Recht geworden, nicht minder als die Sachen.

5. Im Anschluß daran gibt es jetzt sogar zahlreiche Schuldverhältnisse, bei welchen nur der Inhalt genau bestimmt ist, während die Individualität des Subjekts zunächst gleichgültig erscheint und durch einen äußeren Umstand bezeichnet werden kann. Ein solcher Umstand ist häufig der Erwerb einer bestimmten Sache[23]). Wir reden hier von Zustandsobligationen, weil sich das Gläubigerrecht oder die Schuldnerpflicht für eine bestimmte Person an deren Eintritt in einen gewissen Zustand anknüpft und meist auch — wenigstens für die Zukunft[24]) — mit Aufhören des letzteren wieder schwindet. Die Folge ist, daß jeder in den betreffenden Zustand Eintretende (z. B. der Erwerber eines Grundstückes, Inhaberpapiers rc.) als solcher berechtigt und verpflichtet ist, — nicht als Rechtsnachfolger dessen, der sich vor ihm in jenem Zustande befand[25]). Er

---

19) S. o. Bd. I § 32.

20) S. §§ 1068, 1273 BGB.

21) Institut der Cession. S. u. §§ 197 ff.

22) Institut der Schuldübernahme. S. u. §§ 202 ff.

23) So bei Inhaberpapieren der Erwerb des betreffenden Papieres; bei der Miethe (soweit „Kauf bricht die Miethe nicht bricht") der Erwerb der Miethsache; im Falle des § 822 BGB. der Erwerb der Bereicherung. — Wir sagen der Erwerb (nicht schlechtweg das Eigenthum) einer Sache! Oft genügt nicht einmal ein Erwerb jedweder Art, sondern nur ein rechtsgeschäftlicher (z. B. Kauf der Miethsache) oder (im Falle des § 822) ein unentgeltlicher. Die Gestaltung ist mannigfaltig. Vgl. schon die Zusammenstellung bei Windscheid-Kipp, Pand. II § 291 Note 1—3. Die Ausbildung erfolgte im deutschen und heutigen modernen Recht.

24) Abgesehen insbesondere von denjenigen Theilen der Verpflichtung, welche auf die Eigenthumszeit des Verpflichteten (gewissermaßen als Aequivalent für den Sachgenuß während dieser Zeit) entfallen. So in §§ 571 ff. 1108 BGB.

25) S. für den Fall des Inhaberpapiers schon oben Bd. I § 63 Note 21.

überkommt die aus dem Schuldverhältniß entspringenden Rechte und Pflichten nicht durch Cession oder Schuldübernahme[26]), sondern selbständig (ex sua persona). Dies hat die wichtige Folge, daß ihm aus dem Verhalten seiner Vormänner mit Beziehung auf das Schuldverhältniß[27]) keine Einwendungen entgegengesetzt werden können. Vielmehr beschränken sich die regelmäßigen Einwendungen auf solche, die sich aus dem objektiven Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben[28]). Der Grundsatz „nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet“[29]) kann hier nicht zur Anwendung kommen, da die Rechte des Vormanns auf den Nachmann nicht übertragen werden. Vgl. z. B. §§ 573ff., 796 BGB. und die Ausführungen über Werthpapiere[30]).

Alles dies sind Folgen der im heutigen Recht erfolgten Objektivirung der Schuldverhältnisse, ihrer Ausgestaltung zu selbständigen Vermögens- und Verkehrsobjekten. Diese Objektivirung geht sogar soweit, daß unter Umständen ein solches z. B. im Inhaberpapier verkörpertes Schuldverhältniß gar nicht einmal dadurch erlischt, daß zeitweise die Person des Gläubigers und Schuldners sich in demselben Individuum vereinigen; wenn selbstverständlich auch die Forderung solange nicht geltend gemacht werden kann, als die Vereinigung besteht[31]). Aber die Forderung erlischt nicht, und wirkt folglich wieder mit unbeschränkter Kraft, sobald die Personenvereinigung aufhört. So z. B. § 794 BGB.

---

26) Wie oben Ziff. 4.

27) Z. B. Rechtshandlungen desselben, Kenntniß gewisser Thatumstände rc.

28) Und selbstverständlich auf diejenigen, welche dem jeweiligen Schuldner wider den jeweiligen Gläubiger persönlich zustehen. Vgl. z. B. § 796 i. f. BGB.

29) S. o. Bd. I § 71.

30) Die Zustandsobligationen werden auch Realobligationen genannt, weil sie sich meist an den Erwerb einer bestimmten Sache (res) anknüpfen. Besser verwendet man den Ausdruck Realobligation für diejenigen Fälle, in denen sich die an den Erwerb einer bestimmten Sache knüpfende Verpflichtung auf die Haftung des Schuldners mit jener Sache beschränkt: sodaß also der Verpflichtete nicht (wie sonst regelmäßig) mit seinem ganzen Vermögen für die Leistung haftet, sondern nur mit der Sache. Das Bürgerliche Gesetzbuch drückt dies so aus: es sei aus der Sache zu leisten. Vgl. §§ 1105, 1113, 1191, 1199. In dieser Bedeutung verwenden wir weiterhin allein den Ausdruck Realobligation. Dieselbe kann sich mit gewöhnlichen Forderungsrechten kombiniren (z. B. als Pfandforderung mit der persönlichen Forderung des Gläubigers), sodaß alsdann zwei Personen, oder der Verpflichtete in doppelter Art haftet. Die Realobligationen in diesem Sinne kommen in unserem Recht niemals allein, sondern nur als Annexe anderer Rechte vor. S. oben bei Note 12 und weiter im Sachenrecht.

31) Weil Niemand mit Rechtseffekt einfach an sich selbst leisten kann.

B. Personenmehrheit?

§ 139.

1. Jedes Schuldverhältniß hat zwei Subjekte: den Gläubiger und den Schuldner. Es fragt sich aber, ob auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen als Berechtigte oder Verpflichtete stehen können. Dies behauptete die ehemalige gemeinrechtliche Doktrin und sprach hier von einer objektiven Einheit der Obligation bei Mehrheit ihrer subjektiven Beziehungen. Sie gründete darauf u. a. ihre Unterscheidung von Korrealität und Solidarität[1]).

Eine solche Auffassung ist in der Sache nicht begründet. Der Abschluß der gemeinrechtlichen Entwickelung war auch, daß hierin der Unterschied zwischen Solidar- und Korrealobligationen nicht zu suchen sei[2]). Die größere Objektivirung der Schuldverhältnisse im modernen Recht, von der im vorigen Paragraphen die Rede war, beschränkt sich auf die Tauglichmachung derselben für den Verkehr. Im Uebrigen bleibt es dabei, daß, so oft ein rechtliches Gebundenheitsverhältniß auf Leistung im Sinne des § 241 besteht, damit auch ein Schuldverhältniß vorliegt. Aehnlich wie auch, wenn Mehrere zusammen klagen oder verklagt werden, trotz äußerlicher Einheit des Verfahrens soviel Prozesse vorhanden sind als Kläger oder Beklagte[3]), so sind, wenn mehrere Personen aus einem und demselben Entstehungsgrunde[4]) obligatorisch berechtigt oder verpflichtet werden, soviel Schuld-

---

1) Vgl. Keller, Litiskontestation und Urtheil (1827) S. 443ff.; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831) und die Pandektenlehrbücher von Windscheid § 293, Arndts § 214, Wendt § 209 u. a.; Brinz, 2. Aufl. II §§ 235, 253, nahm Einheit der Obligation auch bei einfacher Solidarität an.

2) Gegen die Einheitstheorie sind insbesondere aufgetreten Czyhlarz in Grünhut's Ztschr. Bd. 3 S. 59; Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 77 S. 374; Mitteis, Die Individualisirung der Obligation (1886) S. 49ff.; Kuntze, Die Obligation S. 141; Dernburg, Pand. II § 72. Gegner sind auch Unger in Jhering's Jahrb. Bd. 22 S. 207, Bd. 23 S. 106 (die mehreren Obligationen sind in der Vorstellung zu einer Einheit zusammengefaßt), und Fitting, Die Natur der Korrealobligationen (1859), welcher mit Stintzing, Krit. Vjschr. Bd. 1 S. 509ff. das Wesen der Korrealobligation darin erblickte, daß einstweilen noch Ungewißheit hinsichtlich des das Schuldverhältniß definitiv auf sich konzentrirenden Subjektes bestehe (also das Wesen der Korrealobligation nach Art des oben § 138 Ziff. 5 Gesagten erklärt). Dies ist jedenfalls folgerichtiger als die Theorie der Einheit bei subjektiver Mehrheit, entspricht aber nicht den Quellen. Richtig ist allein die Annahme ebensovieler Obligationen als Subjekte auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite.

3) Quod actiones tot iudicia. Vgl. §§ 59ff., bes. 61 CPO.

4) Aus derselben juristischen Thatsache; sei sie nun ein Vertrag, unerlaubte Handlung 2c. Ebenso entstehen aus einem gegenseitigen Vertrag,

verhältnisse vorhanden, als mehrere Gläubiger berechtigt sind, von mehreren Schuldnern eine Leistung zu verlangen. Der Inhalt dieser Schuldverhältnisse kann je nach der Sachlage ein verschiedener sein. Es kann

a) die aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund folgende Leistungspflicht unter die mehreren Subjekte vertheilt sein, derart, daß Jeder nur zu einer Quote berechtigt oder verpflichtet wird. Dann gehen die mehreren Schuldverhältnisse nur je auf einen Antheil der ganzen aus dem Vertrag 2c. entspringenden Verpflichtung. Vgl. § 420 BGB.

b) Es kann aber auch sein, daß Jeder das Ganze schuldet oder zu fordern berechtigt ist, während das Ganze doch nur einmal geleistet werden soll[5]). Es entstehen hier mehrere gleichförmige Schuldverhältnisse auf dieselbe Leistung, wobei einmalige totale Erfüllung die anderen aufhebt. Hier reden wir von Gesammtschuldverhältnissen (Solidarität). Vgl. §§ 421 ff., 428 ff. BGB. Alle daselbst bestimmten Wirkungen des Gesammtschuldverhältnisses deuten darauf hin, daß mehrere selbständige Verpflichtungen auf das Ganze vorliegen. Weil letzteres aber nur einmal geleistet werden soll, ergeben sich aus der bei einem Schuldverhältniß eintretenden Befriedigung für die übrigen besondere Erlöschungsgründe[6]). Der Ausdruck „Gesammtschuldverhältniß" z. B. in § 423 bedeutet nicht mehr als das gesammte

---

in welchem beide Parteien Verpflichtungen übernehmen, also zugleich Gläubiger und Schuldner werden, soviele Schuldverhältnisse, als Leistungen von den verschiedenen Personen übernommen sind. Das begründete zweiseitige Verhältniß (Kauf, Miethe 2c.) ist in Wahrheit nichts anderes als eine Zusammenfügung von zwei Schuldverhältnissen zu einer wirthschaftlichen Gesammtfigur.

5) Die Römer kannten zwar auch ein Verhältniß, wonach das Ganze so oft gefordert werden durfte als Gläubiger oder Schuldner vorhanden waren, z. B. bei Delikten auf Strafzahlung (vgl. l. 11 § 2 i. f. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2); aber dies ist mit den röm. Privatstrafen hinweggefallen.

6) Gesammtzerstörlich wirken nach §§ 422 ff., 429 BGB. im Wesentlichen nur Erfüllung eines Schuldverhältnisses und was ihr gleichsteht: die bekannten Surrogate der Erfüllung (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung), und die befreienden Rechtsakte: Erlaß, soweit er in rem gefaßt ist (nicht blos auf eine einzelne Person beschränkt ist), Gläubigerverzug. Im Uebrigen dagegen sind die verschiedenen Schuldverhältnisse ganz unabhängig von einander: das eine kann bedingt oder betagt, das andere unbedingt und unbetagt sein. Beerbt ein Gesammtschuldner den anderen, so haftet dieser nunmehr aus doppeltem Grunde (s. schon l. 5 Dig. de fideiuss. 46, 1 und oben Bd. I § 121). Andere Folgen der Selbständigkeit s. in §§ 425, 429 Abs. 3. Insbesondere ist wichtig, daß das rechtskräftige Urtheil gegenüber einem Gesammtbetheiligten nicht mehr gegen die anderen wirkt. Dies läßt sich mit der Einheitstheorie schlechthin nicht vereinigen. Die Selbständigkeit der verschiedenen Schuldverhältnisse wird denn auch jetzt überwiegend angenommen. Vgl. Dernburg §§ 161, 164; Stammler § 64; Enneccerus I § 232 Ziff. II; Planck, Komm. zu § 423, Oertmann zu § 421.

Rechtsverhältniß[7]), zu welchem die mehreren Schuldverhältnisse verbunden worden sind[8]).

2. Man hat behauptet, daß unter Umständen ein Schuldverhältniß mehreren Personen in der Art gemeinsam sei, daß das Recht nur von allen resp. gegen alle gemeinsam ausgeübt werden könne[9]). Man stellt sich die Sache vor, als säßen die verschiedenen Betheiligten auf der gemeinschaftlichen Forderung wie auf einem gemeinschaftlichen Eigenthum; und was auf der Gläubigerseite möglich sei, müsse dann auch entsprechend auf der Schuldnerseite möglich sein. Diese Vorstellung[10]) beachtet nicht die Verschiedenheit des Schuldverhältnisses von den dinglichen Rechten und geht der juristischen Natur der hier in Frage stehenden Verhältnisse nicht auf den Grund. In Betracht kommen folgende Fälle:

a) Wenn ein Schuldposten, an dem auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen betheiligt sind, auf eine untheilbare Leistung[11]) geht, so scheint wegen der Untheilbarkeit des Gegenstands nur ein einziges Recht aufs Ganze vorzuliegen. Indessen bestimmt § 431 für mehrere Mitverpflichtete einer untheilbaren Leistung geradezu, daß sie als Gesammtschuldner haften. Und mit Recht. Warum sollten hier weniger selbständige Verpflichtungen für Jeden auf das Ganze entstehen, da letzteres nur einmal geleistet werden kann, als da es[12]) nur einmal geleistet werden soll!? Und wenn hier die Existenz mehrerer Einzelschuldverhältnisse auf das Ganze bei Mehrheit der Passivbetheiligten möglich ist und außer Zweifel steht, so ist sie auch bei Mehrheit der Aktivbetheiligten, also bei Gläubigermehrheit möglich. § 432 BGB. spricht nicht dagegen. Er modifizirt nur (aus praktischen Rücksichten) das Gläubigerrecht eines Jeden in der

7) Im Sinne von oben Note 4. Vgl. Stammler S. 247.

8) Wann die bei a erwähnte Vertheilung der Leistungspflicht auf die mehreren Subjekte (Gläubiger oder Schuldner) oder ein Gesammtschuldverhältniß entsteht, ist positiv, und mehrfach anders als im röm. Rechte entschieden. Darüber s. u. das VI. Kapitel §§ 206ff. (Gesammtschuldverhältnisse).

9) Cosack §§ 119 Ziff. 3, 120 Ziff. 2; Dernburg § 166; Mathiaß I § 102 i. f.; Enneccerus I § 231 Ziff. III; Oertmann, Komm. vor § 420 Ziff. 5b.

10) Welche in der That in einem Fall im Preuß. A.LR. (vgl. I, 5 § 453) durchgedrungen ist, nämlich für aktive Gesammtschuldverhältnisse (also im Gegensatz zu oben Ziff. 1b). Ueber die geringe Folgerichtigkeit des Landrechts in Konstruktion des Begriffs der Schuldverhältnisse s. auch oben § 138 Note 8. Sie ist glücklich beseitigt. Ueber den Anschluß des modernen Rechts der Gesammtforderung an das römische Recht und die hierbei vorliegende Selbständigkeit eines jeden Gläubigers s. auch Dernburg § 164 bei und in Note 1.

11) Ueber die Frage der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Leistung s. u. § 145 Ziff. 4.

12) Wie oben Ziff. 1b.

Art, daß Jeder blos Leistung an Alle verlangen kann[13]). Die Selbständigkeit der einzelnen Forderungsrechte wird dadurch nicht berührt[14]), wie auch Abs. 2 eod. deutlich zum Ausdruck bringt. Danach kann die Berechtigung des einen Gläubigers erlöschen, während die der anderen Gläubiger fortbesteht.

b) Wenn ein Schuldposten, an dem auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen betheiligt sind, zu einem Vermögen gehört, an welchem diese Personen in einem Gesammthänderverhältniß stehen[15]), so scheint[16]) hier in der That ein Schuldverhältniß vorzuliegen, in welchem alle Betheiligten zusammen stehen. Weder Quotal- noch solidarische Berechtigung und Verpflichtung jedes Einzelnen[17]) scheint möglich. Man zählt hierher die Fälle der Gesellschaft (§§ 709, 718 ff. BGB.), der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff., 2039, 2059) und der Gütergemeinschaft nach deren Auflösung bis zur Auseinandersetzung der Betheiligten (§§ 1471 ff.).

Aber entweder sind hier die Genossen desjenigen Gesammthänders, an dessen Handlung sich die Entstehung des Schuldverhältnisses anknüpft, nach Außen hin gar nicht berechtigt oder verpflichtet (wie bei den sog. Innengesellschaften): dann liegt nur für den Handelnden ein (einziges) Schuldverhältniß vor, und die Frage nach der materiellen Betheiligung der Genossen ist eine interne Frage (wie auch sonst, wo ein Schuldverhältniß auf fremde Rechnung geht)[18]). Oder die Gesammthänder sind wirklich als solche nach Außen hin handelnd aufgetreten[19]), also nach Außen hin sämmtlich berechtigt und verpflichtet[20]):

---

13) Wie es aus anderen praktischen Rücksichten ähnlich die §§ 1077, 1281 BGB. in ihrem Falle thun.

14) Jeder Gläubiger kann seine Forderung selbständig geltend machen. Wird die Leistuug theilbar (z. B. verwandelt sie sich in eine solche auf Geldersatz), so fällt die Beschränkung fort, und kann jeder Gläubiger seinen Antheil für sich verlangen.

15) S. darüber oben Bd. I § 29 Ziff. 5 am Ende.

16) Weil das Verhältniß zur gesammten Hand nach dem dort (vor Note 25) Gesagten die Individualberechtigung des Einzelnen auf eine bestimmte Quote des Vermögens ausschließt. Dasselbe glaubt man dann auch auf die Schulden übertragen zu können.

17) S. o. Ziff. 1.

18) S. vergleichsweise oben Bd. I § 103 Ziff. 2 i. f. So wenig bei der sog. „mittelbaren Stellvertretung" der Kommittent, auf dessen Rechnung das Geschäft geht, nach Außen hin daraus berechtigt und verpflichtet ist, so wenig sind es hier die Genossen des Handelnden. Sie sind nach Außen hin gar nicht Gläubiger und Schuldner.

19) Indem sie z. B. entweder alle selbst, oder die Einen durch die Anderen vertreten handelten.

20) Z. B. bei den sog. Außengesellschaften, bei denen der geschäftsführende socius im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die „Gesellschaft" (d. h. sämmt-

dann ordnet sich ihre Berechtigung und Verpflichtung zwanglos einer der oben geschilderten Rechtsgestaltungen unter. Insbesondere ist auch hier die Verpflichtung häufig eine solidarische. Dies gilt z. B. für die Geschäftsschulden der Gesellschafter (§§ 427, 709 ff., 714)[21]), für Miterben (§ 2058 BGB.). Daneben steht noch zuweilen die Befugniß der Mitschuldner z. B. Miterben (§ 2059 BGB.), den Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung zunächst auf das Sondervermögen zu verweisen, an welchem das Gesammthänderverhältniß besteht und zu welchem die Schuld als Passivum gehört[22]). In anderen Fällen hat der Gläubiger wenigstens das Recht, dieses Vermögen vorzugsweise zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen[23]). Immer figurirt auch der Posten als Schuldposten bei Liquidation dieser Gemeinschaft (s. §§ 733, 1475, 2046 BGB.). Alle diese Dinge sind aber nichts den betreffenden Schuldverhältnissen als solchen Eigenthümliches, sondern etwas Danebenstehendes, wie der Gegensatz der §§ 2058, 2059 deutlich ergibt. In den übrigen Fällen ist es nicht anders. Insoweit das gemeinschaftliche Vermögen der Mitschuldner in Anspruch genommen wird, wirkt das daran bestehende Gesammthänderverhältniß auch wider den Gläubiger[24]), sonst nicht. Die Frage nach etwaigen eigenthümlichen Grundsätzen der Verhaftung dieses oder jenes Vermögensstückes für eine Schuld ist aber nicht identisch mit der Frage nach der juristischen Natur des Schuldverhältnisses.

---

liche Gesellschafter) handelt. Ebenso bei der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten ꝛc.

21) Doch kommen auch getheilte Verpflichtungen vor, z. B. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschaftsvermögens.

22) Man spricht von Gesellschaftsschulden, Gütergemeinschafts- und Nachlaßschulden.

23) Auch insofern nennt man alsdann die Schuld: Gesellschaftsschuld, Gesammtguts-, Nachlaßverbindlichkeit ꝛc. Jede Schuld kann unter Umständen diesen Charakter annehmen; aber dieser macht sich für den Gläubiger nur geltend, wenn er Befriedigung aus der Gesammtmasse sucht. Daraus, und nicht aus dem Wesen des Schuldverhältnisses an sich, ergibt sich das nähere Detail. Z. B. weil keiner der Mitschuldner an der gemeinschaftlichen Masse Verfügungsrecht hat, müssen die Miterben nach § 747 CPO. alle verklagt werden, — werden Gesellschafts-, Nachlaßgläubiger von den Privatgläubigern eines einzelnen Gesellschafters ꝛc. unterschieden, — kann keine Aufrechnung der Privatforderung wider einen Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung stattfinden (§ 719 BGB.) u. s. w.

24) Diejenigen, welche die daraus sich ergebenden Eigenheiten für solche des Schuldverhältnisses selbst erklären, machen sich einer ähnlichen Verwechselung schuldig wie die, welche Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung konstruiren. S. dagegen schon oben Bd. I § 36 Note 12. In beiden Fällen wird etwas dem Schuldverhältniß Fremdes, selbständig Danebenstehendes in dessen Begriff hineingetragen und letzterer dadurch deformirt.

Sind die Gesammthänder die Berechtigten, so werden sie, weil der Posten zum Gesammtvermögen gehört, über welches Keiner ausschließliche Verfügung hat[25]), ähnlich wie in § 432 die Mitgläubiger einer untheilbaren Leistung, dagegen geschützt, daß Einzelne die Leistung zu ihrem Vortheil einziehen können. Daher entspricht bei der Erbengemeinschaft § 2032 BGB. durchaus dem § 432. Der juristische Gesichtspunkt ist der gleiche. Gesellschaftsforderungen kann regelmäßig nur der geschäftsführende Gesellschafter für Alle eintreiben, da er diese nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags vertritt[26]).

Näheres bei den einzelnen in Frage stehenden Rechtsverhältnissen.

C. Unvollkommene Schuldverhältnisse.

§ 140.

I. Jede Forderung gibt grundsätzlich dem Gläubiger einen klagbaren Anspruch auf die Leistung. Die klageweise Verfolgbarkeit ist heutzutage selbstverständliches Attribut eines jeden von der Rechtsordnung anerkannten Rechts. S. o. § 125[1]).

---

25) Vgl. schon oben Note 23. — Darauf beruht auch ein Abtretungsverbot für den einzelnen Gläubiger. S. z. B. § 719 Abs. 1 BGB.

26) Dieser Vertrag bezw. das darauf beruhende Vertretungsverhältniß der socii ist hier überhaupt in erster Linie maßgebend.

1) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo (s. Bd. I § 35 Note 10) die actio von der Rechtsordnung besonders verliehen werden mußte, nichts mit dem subjektivem Recht von selbst Gegebenes war. Daher gab es hier neben den gewöhnlichen klagbaren (obligationes civiles) auch eine ganze Kategorie unklagbarer Verbindlichkeiten (obligationes naturales) von im Uebrigen nicht gleicher Wirkung (Möglichkeit der Geltendmachung durch exceptio: z. B. compensationis, vgl. l. 6 Dig. de comp. 16, 2; Befugniß der soluti retentio; Möglichkeit der Benutzung der nat. obligatio als Grundlage eines Bürgschafts- oder Pfandanspruchs 2c.). Manche Naturalobligationen waren auf dem ius gentium erwachsen; andere beruhten auf den Anforderungen der Gesellschaftsordnung (im Gegensatz zur Rechtsordnung) der damaligen Zeit. Die meisten hatten auf Grund des Wandels der allgemeinen Lebens- und Verkehrsanschauung vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereits ihre Anwendbarkeit verloren; wo nicht im gemeinen Recht, so doch in Reichsgesetzen und im Partikularrecht. So die auf dem röm. Pekuliarrecht resp. Gewaltverhältniß des pater familias über die Hauskinder beruhenden Naturalverbindlichkeiten. Die Behandlung der von Minderjährigen ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossenen Geschäfte war schon längst eine andere geworden; das SC. Macedonianum theilweise, die röm. Unklagbarkeit der nuda pacta überall beseitigt 2c. Man stritt hauptsächlich nur über die Möglichkeit neuer Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, sei es auf Grund des Naturrechts (Weber, Natürl. Verbindlichkeiten 5 Aufl. 1825), der aequitas (vgl. Scheurl, Heidelb. krit. Ztschr. Bd. 1 S. 506 ff., Jahrb. f. Dogmatik Bd. 7 S. 318), des ius gentium (Savigny, Obl.R. I S. 22, Puchta, Pand. § 237, Erxleben, Cond. sine causa I S. 118 u. a.; dagegen vor Allem Schwanert, Die Naturalobligation des röm. Rechts 1861), ja selbst bloßer Gewissens- und Anstandspflichten. Es ist klar, daß man auf dieser Bahn von dem Begriff des

II. Gleichwohl wird gerade auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse ausnahmsweise der Zwangsschutz durch Klage[2]) versagt, während das Schuldverhältniß im Uebrigen von der Rechtsordnung anerkannt wird und daher auch gewisse andere Rechtswirkungen zu äußern fähig ist. Das Schuldverhältniß ist also von minderer Wirkung — ein unvollkommenes Schuldverhältniß. Demselben fehlt die Einforderbarkeit. Das Schuldverhältniß geht zwar (arg. § 241) auf eine Leistung; aber der Gläubiger kann die Bewirkung dieser Leistung nicht verlangen und gegen den Willen des Schuldners durchsetzen[3]). Nur wenn die Leistung freiwillig gemacht wird, kommt sie als „Erfüllung des Schuldverhältnisses" und folgeweise nicht als Schenkung in Betracht. Ebenso kann das Bestehen eines Schuldverhältnisses sich in anderen Beziehungen geltend machen. Aber mit Unterschieden. Dies führt uns auf die einzelnen Fälle der im Gesetze anerkannten unvollkommenen Verbindlichkeiten. Dieselben lassen sich auf folgende Gesichtspunkte zurückführen[4]).

1. Gewisse Verbindlichkeiten werden vom Gesetz mißbilligt. Zwar nicht in dem Maße, daß der Vertrag nichtig wäre, also gar kein Schuldverhältniß erzeugte[5]); aber doch so, daß das Gesetz die Einforderung des Geschuldeten versagt. Hierhin gehören:

a) Die Forderungen aus (gewöhnlichem) Spiel, der Wette, Lotterie- und Ausspielgeschäften, wenn sie nicht staatlich genehmigt sind, sowie aus Differenzgeschäften. §§ 762—764 BGB. Bei

---

Rechts soweit abkam, daß schließlich jede bestimmte Grenze nach Seite der Moral hin verloren ging. Mit dem Prinzip der „Naturalverbindlichkeiten" war daher von Grund aus zu brechen. Was heute vorkommt, sind bestimmt geartete einzelne Fälle von Schuldverhältnissen minderer Wirkung (unvollkommene Schuldverhältnisse).

2) Und was ihr gleichsteht. Ebenso durch Selbsthülfe.

3) Das Schuldverhältniß ist gegenüber § 241 ein unvollkommenes. Nicht ganz genau ist es, wenn § 762 in einem solchen Falle das Entstehen einer Verbindlichkeit überhaupt verneint. Doch wird dies durch den weiteren Inhalt des Paragraphen wieder richtig gestellt. S. auch u. Note 7.

4) Die im Folgenden aufgeführten Kategorien unvollkommener Schuldverhältnisse sind die einzigen. Irrig hat Ubbelohde, Jahrb. für Dogmatik Bd. 38 S. 216 ff., und nach ihm Mathiaß I § 72 Ziff. II noch einige andere Fälle hierher gezogen. S. auch Dernburg § 3 und bereits meine Grundlehren des franz. Obligationenrechts (1894) § 3. Anders Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) S. 13 Note 22.

5) Vgl. §§ 134, 138 BGB. und oben Bd. I § 85. Hierhin gehören gewisse aus öffentlichen Gründen verbotene Spiele (im Gegensatz zu § 762 BGB.). — Umgekehrt gibt es auch völlig erlaubte Spiele, die im Gegensatz zum Text ein vollkommenes Schuldverhältniß erzeugen. S. z. B. § 763 BGB. und Differenzgeschäfte soweit sie auf Grund des § 69 BörsenG. u. des Art. 14 Ziff. 5 EG.HGB. besonders gestattet sind.

diesen beschränkt sich die Rechtswirkung im Allgemeinen darauf, daß freiwillige reale Leistung des Schuldbetrags weder zurückgefordert werden kann[6]) noch als Schenkung erscheint. Ebenso verhält es sich

b) mit der Forderung des Entgelts für Ehevermittelung (Ehemakellohn). § 656.

Die Einforderbarkeit der Leistung ist hier aus öffentlichrechtlichen Gründen versagt[7]). Die Unvollkommenheit des Schuldverhältnisses ist daher vom Richter auch von Amtswegen zu berücksichtigen, z. B. wenn der Beklagte im Prozesse ausbleibt.

2. In einigen anderen Fällen ist das Schuldverhältniß unvollkommen, ohne daß es rechtlich mißbilligt wird. Die mangelnde Einforderbarkeit beruht aber dennoch auf öffentlichrechtlichen Gründen und ist daher von Amtswegen zu beachten. Abgesehen davon erzeugt das Schuldverhältniß Rechtswirkungen verschiedenster Art. Vollwirksam ist z. B. nicht blos reale Erfüllung, sondern auch ein Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß, eine Sicherung durch Pfand oder Bürgschaft. Hierher gehören:

a) Die Forderung auf den nicht gedeckten Schuldenrest nach stattgefundenem Zwangsvergleich. § 193 KO.[8]).

b) Die Forderung, deren klageweise Verfolgung nach den Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs von vorheriger Geltendmachung des Anspruchs binnen bestimmter Frist bei einer Verwaltungsbehörde abhängt, sofern diese Frist verstrichen ist[9]).

3. Anders geartet ist der Fall der Verjährung der Forderung[10]). Zunächst ist die Verjährung niemals von Amtswegen zu berücksichtigen,

6) Der Gläubiger hat das Recht der soluti retentio (wobei die Leistung an Erfüllungsstatt und die freiwillige, d. i. vertragsmäßige Aufrechnung der realen Erfüllung gleichzuachten sind, sofern sie keine persönliche Verpflichtung des Schuldners übrig lassen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 52. Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß (§§ 780 ff.), Bürgschaft dagegen haben keine größere Wirkung als die ursprüngliche Forderung. S. u. §§ 188 Note 4, 289 zu Note 18 ff., bes. Note 25.

7) Das Gesetz drückt dies so aus (§§ 656, 762 ff.): Durch das Spiel ꝛc. werde „eine Verbindlichkeit nicht begründet". Gleichwohl wird eine solche gleich darauf in einzelnen Beziehungen anerkannt. Doch ist die Wortfassung nicht unwichtig. Sie deutet das im Text Gesagte an und läßt auch sonst Schlüsse zu. S. z. B. unten § 178 Note 16.

8) Die Unklagbarkeit ist nach dem Satz „ne bis in idem" von Amtswegen zu berücksichtigen. A. M. Dernburg a. a. O. zu Note 11. S. aber meine Ausführungen oben Bd. I § 130. Wegen des zurückbleibenden unvollkommenen Schuldverhältnisses vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 279, des RG. vom 22. Sept. 1885, Rhein. Archiv Bd. 76 Abth. III S. 96, Jur. Wochenschrift 1898 S. 545 n. 15 und die meisten Schriftsteller.

9) Dernburg a. a. O. zu Note 10 u. Cit.

10) S. o. Bd. I §§ 114 ff.

sondern lediglich auf Vorschützung der Einrede durch den Verpflichteten[11]). Sodann wird durch sie nicht einmal die Klagebefugniß des Gläubigers beseitigt (bleibt der Beklagte aus, so wird er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses verurtheilt). Die Forderung ist nur durch ein Weigerungsrecht des Schuldners lahmgelegt[12]). Freiwillige Erfüllung dagegen ist vollwirksam, selbst wenn sie in Unkenntniß der Verjährung erfolgt; und zwar nicht blos reale Erfüllung, sondern auch Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß und eine Sicherung der Forderung durch Pfand oder Bürgschaft[13]). Selbst Aufrechnung der verjährten Forderung ist noch in gewissem Umfang zulässig[14]). S. §§ 222, 390, 479, 490 Abs. 3 BGB.

4. Gewisse sittliche oder Anstandspflichten sind vom Gesetz auch als unvollkommene Rechtspflichten ausgezeichnet, insofern die freiwillige Erfüllung nicht als Schenkung erscheint. Hierhin gehört die von den Eltern einem Kinde gewährte Ausstattung insoweit sie sich in den den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechenden Grenzen hält (§ 1624 BGB.) und die Zahlung eines präjudizirten Wechsels (Art. 83 WO.)[15]).

III. Im Uebrigen dagegen sind die vom Gesetz vielfach erwähnten sittlichen oder Anstandspflichten keinerlei Rechtspflichten[16]), also nicht einmal unvollkommene Verbindlichkeiten. Dies erhellt deutlich aus § 534 BGB., wonach die entsprechende Leistung als Schenkung erscheint[17]). Dem widerspricht nicht § 814 eod. Denn der Ausschluß

---

11) S. das. § 117 zu Note 3 ff.

12) Die verjährte Forderung ist nicht erloschen; es steht ihr nur eine Einrede entgegen. Im gemeinen Recht war die Frage nach der Wirkung verjährter Forderungen bestritten, wenngleich sicher ebenso zu entscheiden.

13) In dieser Hinsicht ist der Effekt wie bei Ziff. 2.

14) S. u. § 192 Ziff. 6.

15) In Analogie von Ziff. 3. — Eine sittliche Pflicht ꝛc., ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft zu erfüllen, ist überhaupt nicht anzuerkennen. S. Prot. Bd. 2 S. 696.

16) Sie liegen auf dem Gebiete der Moral oder unserer sozialen gesellschaftlichen Anschauung Irrig Ubbelohde a. a. O. S. 221, Enneccerus § 148 II Ziff. 5, Mathiaß § 72 II lit. C, die hier eine unvollkommene Rechtspflicht herausdeuten wollen. Schwankend Cosack § 80 Ziff. 4.

17) Im Gegensatz zu oben nach Note 3. Die Erfüllung der betreffenden ethischen, sozialen oder sonstigen Anstandspflichten ist, wenn der Empfänger Anspruch auf Dank seitens des Leistenden hat, remuneratorische Schenkung im alten Sinne. Dieser Begriff geht in dem heutigen weiteren der Schenkung in Erfüllung sittlicher Pflichten ꝛc. auf. Hierher gehört z. B. Alimentation gewisser Verwandten, zu deren Unterhalt keine gesetzliche Pflicht besteht, — eines natürlichen Kindes beim Vorhandensein der exc. plurium concumbentium, — das Geben der üblichen Trinkgelder ꝛc.

der Rückforderung des Geleisteten erklärt sich hier daraus, daß die Leistung nicht grundlos ist, sondern (wie die wissentliche Leistung von nicht Geschuldetem) als Schenkung gedeutet werden muß. Der Schenkungscharakter macht sich auch materiell, z. B. im Pflichttheilsrecht geltend.

D. Schuldverhältnisse auf ideale Güter.

§ 141.

Die von uns gegebene Begriffsbestimmung der Schuldverhältnisse[1]) hat nicht den Sinn, daß letztere uns nur den Genuß materieller, insbesondere geldwerther Güter vermitteln. Die Aufgabe des Staats als Hüter der Rechtsordnung beschränkt sich bei einem hochentwickelten Kulturvolk nicht auf den Schutz des materiellen Güteraustauschs und überhaupt materieller Interessen. Daher verlangt § 241 BGB. keineswegs, daß die geschuldete Leistung eine Vermögensleistung sei oder für den Gläubiger einen Vermögenswerth habe. Ebensowenig ist dies aus dem Begriff des Schuldverhältnisses selbst zu folgern. Regelmäßig wird allerdings die Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, für den Berechtigten einen Vermögenswerth haben: die meisten und wichtigsten Schuldverhältnisse gehören zweifellos zu den Vermögensrechten (sind eine Vermögenspost). Aber nothwendig ist dies nicht[2]).

---

1) S. insbesondere oben § 138 Ziff. 3.

2) Anders war dies im röm. Recht. Hier bildeten die Obligationen mit den dinglichen Rechten zusammen die Hauptmasse des Vermögensrechts und als solche den Gegensatz zu den Familienrechten. Die Römer verlangen also für das Dasein eines Schuldverhältnisses nicht blos ein rechtliches Interesse überhaupt (darüber s. u.), sondern ein Geldinteresse. Cf. l. 9 § 2 Dig. de statulib. 46, 7. Der Grund lag darin, daß bei den Römern wenigstens ursprünglich eine Verurtheilung des Schuldners nur auf eine bestimmte Geldsumme möglich war. Ließ sich die Leistung also schließlich nicht in Geld schätzen, so war sie überhaupt nicht erzwingbar. Aber dieser Grund ist mit Aenderung unseres Prozeßrechts hinweggefallen. Schon das justinianeische Recht kennt eine Verurtheilung des Schuldners auf die Leistung selbst: z. B. die streitige Sache kann dem Schuldner mit Gewalt abgenommen werden, und im Uebrigen gibt es direkte Zwangsmittel, Strafandrohung 2c., um den Willen des Schuldners zu beugen. Ebenso im heutigen Prozeßrecht (§§ 883 ff., 887 ff. CPO.). Demgemäß bestand schon in der letzten Zeit des gemeinen Rechts lebhafter Streit darüber, ob an dem röm. Erforderniß des Vermögenswerthes der Leistung im Schuldverhältnisse noch festzuhalten sei. S. darüber Windscheid-Kipp, Pand. II § 250 Note 3 u. Cit. Für das Bürgerliche Gesetzbuch fällt das Haupthinderniß der Erstreckung auf Leistungen mit idealen Interessen, die positiven Aussprüche der röm. Quellen fort. Zustimmend Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1, Stammler S. 2, Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 41 ff., Cosack § 80 Ziff. 3, Mathiaß § 72 Ziff. I C, Enneccerus § 147 IV Ziff. 3, Planck, Vorbem. z. II. Buch Ziff. II, Schollmeyer, desgl. Ziff. 4, die Motive I S. 3 und Protokolle I S. 278 ff. A. M. Hellwig im Archiv f. civ. Praxis Bd. 86

1. Freilich wird man beim Hinausgehen über das vermögensrechtliche Gebiet besonders vorsichtig sein müssen. Nicht jede Verabredung erzeugt ein Schuldverhältniß. Einen Anhaltspunkt gibt zunächst, ob die Leistung prozessualisch erzwingbar ist. Das ist sie stets, wenn die betreffende Handlung in Ermangelung des Schuldners auch von einem Dritten vorgenommen werden kann[3]). Sie wird dann auf Kosten des Schuldners durch Dritte vollzogen. § 887 CPO. Kann die Handlung von keinem Dritten vorgenommen werden und hängt ihre Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners ab[4]), oder hat sich der Schuldner zu einer Unterlassung oder Duldung fremder Handlungen verpflichtet[5]), so kann er heutzutage zur Erfüllung seiner Verpflichtung durch direkte Zwangsmittel (Geldstrafe bis zum Betrage von 1500 M. oder Haft) angehalten werden. §§ 888, 890 CPO. Unzulässig ist der Zwang nur zur Bewirkung der Eingehung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage[6]). — Selbstverständlich ist auch, daß die bedungene Handlung oder Unterlassung nicht gegen ein gesetzliches Verbot, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen darf. Das Schuldverhältniß wäre sonst schon nach allgemeinen Grundsätzen nichtig[7]).

Aber auch in dem so abgesteckten Rahmen erzeugt keineswegs jede Verabredung eines bestimmten Thuns 2c. ein Schuldverhältniß[8]). Manche verlangen, daß der Gläubiger, wenn auch kein Geldinteresse, so doch ein anderes „schutzwürdiges Interesse" an der Leistung haben müsse[9]). Diese Formulirung bringt uns der Sache nicht näher. Als feste Grenzen haben wir einmal das allgemeine Chikaneverbot[10]), an dem un-

---

S. 223 und Verträge auf Leistungen an Dritte (1899) S. 54, Dernburg § 84, Endemann I § 109, Oertmann zu § 241.

3) Z. B. der Schuldner hat sich zur Vornahme einer Abrechnung, einer Abschrift, der Einsicht einer Urkunde und Berichterstattung über deren Inhalt verpflichtet.

4) Hängt sie nicht blos von seinem Willen ab, so ist überhaupt jeder Zwang unnütz. Denn objektive Hindernisse der Rechtsverfolgung kann der Staat überhaupt nicht hinwegräumen. S. o. Bd. I § 29 Note 10.

5) Z. B. der Schuldner hat sich verpflichtet, zu gewissen Tages- oder Nachtstunden in seiner Wohnung nicht Klavier zu spielen, um die Arbeit oder Ruhe eines Anderen nicht zu stören; er hat sich verpflichtet, seinen Garten oder Park zu gewissen Stunden einem Anderen zum Spaziergang offen zu halten u. dgl.

6) Letzteres ist eine sehr wichtige Einschränkung. Z. B. der Zwang eines Dienstboten manu militari zum Dienstantritt ist unstatthaft.

7) S. o. Bd. I § 85.

8) Z. B. die Verabredung zu einem Spaziergang, das Engagement zu einem Tanz u. dgl. sind keine Schuldverhältnisse.

9) So Enneccerus I § 147 IV Ziff. 3. Aber welches Interesse ist „schutzwürdig"? Oder Stammler a. a. O. Welches Interesse ist „objektiv berechtigt"?

10) S. § 226 BGB. und oben Bd. 1 § 121 Ziff. 1.

billige Zwangsversuche nicht selten scheitern werden. Doch reicht letzteres besonders für die Fälle nicht aus, wo nicht die Absicht zu schaden, sondern wohlmeinende Absicht vorliegt[11]). Hier bedarf es der näheren Bestimmung der Grenzen der Rechtssphäre. Diese umfaßt nun[12]) zweifellos keine Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensauffassung den Gebieten der Sitte und Sittlichkeit, des Anstands, den freien Aeußerungen der Liebe, Religion oder gar bloßer Laune und Einfällen der Geselligkeit angehören. Diese bilden den Gegensatz zu dem Gebiete des Verkehrs und der Geschäfte. Der rechtsgeschäftliche Verpflichtungswille ist hier zu verneinen[13]). Nur auf geschäftsmäßigem Boden entsteht hier, wie überhaupt, ein Schuldverhältniß[14]).

Daraus ergibt sich auch die nothwendige Abgrenzung der Schuldverhältnisse auf ideale Leistungen von den familienrechtlichen Ansprüchen[15]).

2. Die Schuldverhältnisse auf nicht vermögenswerthe Leistungen sind aber unvollkommen in einem anderen Sinne als die im vorigen Paragraphen besprochenen.

Die Verurtheilung des Schuldners kann regelmäßig nur auf die Leistung selbst durchgesetzt, Herstellung des vertragsmäßigen Zustands auch nach erfolgter Verletzung nur in natura begehrt werden. Sind die oben geschilderten Zwangsmittel erschöpft[16]), so findet ein weiterer Zwang nicht statt. Schadensersatz in Geld wegen der Nichterfüllung

11) Z. B. Jemand verspricht, dem Spiel oder dem Alkohol zu entsagen, — zu seiner nothwendigen Erholung die Nachtarbeit aufzugeben, — eine besondere Kur zu gebrauchen u. dgl.

12) Sowohl aus inneren Gründen, wie nach der positiven Vorschrift des § 534 BGB.

13) Darum wurde schon oben § 140 Ziff. III sogar das Entstehen eines unvollkommenen Schuldverhältnisses aus derartigen Gefühlsäußerungen verneint. Ein rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille wirkt, wenn vorhanden, hier nur unter dem Gesichtspunkte der Schenkung, die (arg. § 516 BGB.) eine Vermögenszuwendung voraussetzt. — Die Richtigkeit des im Text Gesagten ergibt sich auch aus einer Umwendung. Selbst eine vermögenswerthe Leistung erzeugt, wenn auf einem der in Rede stehenden außergeschäftlichen Gebiete zugesagt, kein Schuldverhältniß: z. B. die gesellschaftliche Zusage an einen Künstler, zu seiner nächsten Vorstellung ein Billet zu kaufen.

14) So mit Recht Kohler a. a. O., Planck. Danach kann beispielsweise das Unterlassen störenden Klavierspiels, das Nichtbetreten des Miethgartens zu bestimmten Zeiten oder durch Kinder, Dienstboten des Miethers, gültig versprochen und die Befolgung des Versprechens erzwungen werden.

15) Soweit nicht schon die oben § 137 Ziff. 2 gegebene Unterscheidung zutrifft.

16) Z. B. hat der Schuldner den Höchstbetrag der Geldstrafe erlegt, die Haft ausgehalten, so können diese Maßregeln wegen derselben Zuwiderhandlung nicht wiederholt werden. Vgl. §§ 888, 890 CPO. Durchgreifender sind §§ 883 ff., 892, 894 ff.

kann hier nur in besonderen Fällen verlangt werden. S. §§ 249, 253 BGB. Für die Regel wird angenommen, daß ideale Güter und Geld inkommensurabele Größen seien, daß also die Verletzung durch Geld nicht aufgewogen werden könne[17]). Daß dieser Standpunkt ein irriger ist, beweisen die Ausnahmefälle[18]), — der neben strafrechtlicher Verurtheilung in so vielen Fällen ideeller Interessenverletzung zugelassene Anspruch auf Buße[19]), — beweist endlich eine ausgedehnte Praxis des Auslandes, die einen Vermögensersatz zur Ausgleichung ideeller Schäden und Interessenverletzungen auch ohne Konkurrenz mit krimineller Bestrafung des Thäters unbedenklich gewährt[20]). Die Halbheit unseres Gesetzes in dieser Beziehung wird zu überwinden sein.

E. Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben*.

§ 142.

1. Das ganze Schuldrecht wird heutzutage durch das Prinzip von Treu und Glauben beherrscht. Dies ist ein Fortschritt der modernen

---

17) Dagegen kann man sich in gewissen Fällen durch Beredung einer Vertragsstrafe (s. u. § 178) für Zuwiderhandlungen helfen.

18) Bei Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre (§ 847 BGB.), Verführung der unbescholtenen Verlobten (§ 1300), wo für die erlittenen Schmerzen, die entzogene Freiheit, Defloration rc. nun doch eine „billige Entschädigung" in Geld gewährt werden soll, obschon die genannte Inkommensurabilität besteht! In Wahrheit ist sie gar nicht vorhanden. Denn alle menschlichen Glücksgüter berühren sich in dem Punkte des individuellen Genusses, der, wenn auf der einen Seite unwiederbringlich gestört, auf einer anderen um so reicher zugewogen werden kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist hier in scholastischen Erwägungen stecken geblieben. Es hat sich im Wesentlichen nicht über die schon im bisherigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der Schmerzensgeld- und Deflorationsklage hinauszugehen getraut. Vgl. aus dem älteren Recht noch l. 33 pr. Dig. ad l. Aquil. 9, 2; l. 54 pr. Dig. mand. 17, 1. Preuß. A.LR. I Tit. 6 § 87.

19) Bei Beleidigungen und Körperverletzungen (§§ 188, 231 StGB.) und zahlreichen Verletzungen des Urheberrechts und anderer immaterieller Rechtsgüter. S. u. § 152.

20) Vgl. Kohler, Patentrecht (1878) S. 651 und im Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 256; Crome (Zachariä), Handbuch des französ. Civilrechts Bd. 2 § 415 Note 1a S. 763 mit zahlreichen ausländischen Zeugnissen. Zustimmend Ihering i. d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 18 S. 41; Unger, Zur Lehre vom Schadensersatz in Grünhut's Ztschr. Bd. 8 S. 209; Pfaff, das. Bd. 8 S. 613; Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (1889) S. 196ff., 266; v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht bei Bekker u. Fischer (1889) S. 29ff. u. a. — Auch in § 343 Abs. 1 wird das berechtigte Interesse des Gläubigers, das nicht blos Vermögensinteresse ist, bei der Herabsetzung des Geldanspruchs berücksichtigt.

*) Vgl. Stammler, Schuldverh. §§ 9—13; Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. Das Prinzip von Treu und Glauben; Endemann I § 100; Dernburg §§ 9—10.

Kultur- und Rechtsentwickelung. Der Verkehr sucht die Rechtssicherheit nicht mehr im Buchstaben — weder des Gesetzes[1]) noch des von den Parteien abgeschlossenen Geschäfts[2]). Von einigen Ausnahmefällen abgesehen, wo im Interesse besonderer Schneidigkeit (zur Sicherung des Kredits) das Gegentheil eingeführt ist[3]), ist unser Schuldrecht kein ius strictum, sondern ein ius aequum, — alle Schuldverhältnisse sind jetzt (im römischen Sinne) obligationes bonae fidei. Diese Entwickelung schließt sich an die neueren Partikularrechte an[4]). Es hätte keinen Sinn mehr, z. B. das einfache Darlehen strenger zu behandeln, als Kauf und Miethe ꝛc. Daher stellt § 242 BGB. an die Spitze seiner Erörterungen über die Schuldverhältnisse den allgemeinen Satz, daß die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies ist eine alle späteren Detailsätze ausgestaltende und modifizirende Norm[5]) — ein das ganze Schuldrecht beherrschender Leitsatz[6]). Auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen folgt er schon aus der wesentlich gleichlautenden Auslegungsvorschrift des § 157 für das Geschäft, auf dem das Schuldverhältniß beruht[7]). Aber § 242 geht weiter. Er umfaßt das ganze Schuldgebiet, also auch die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und rein gesetzliche Verpflichtungen.

2. Der Inhalt der Norm über die Beurtheilung nach Treu und Glauben ist aus den früheren Ausführungen zu entnehmen[8]). Treu

---

1) S. darüber oben Bd. I § 20.

2) Oben Bd. I § 91. Die dortigen Ausführungen (einschließlich der Litteratur) gehören zum größten Theil auch hierher.

3) Vor Allem im Wechselrecht (Prinzip der sog. Wechselstrenge) und in den Fällen, in denen nach den Regeln des Indossaments, der Begebung eines Inhaberpapiers (§ 796 BGB.) oder der Annahme einer Anweisung (§ 784) ꝛc. das beklagtische Vorbringen besonders beschränkt ist. S. darüber unten § 303 Ziff. 3. Auch das oben Bd. I § 132 erwähnte Recht aus sog. vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Ziff. 5 CPO.) kommt bis zu gewissem Grad als Ausnahme in Betracht.

4) S. z. B. Art. 1134, 1135 Code Napoléon.

5) Z. B. der Miether hat nach dem Ablauf des Miethverhältnisses für den Auszug eine angemessene Frist, welche sich unter Umständen, z. B. bei lebensgefährlicher Erkrankung eines Familiengliedes, verhältnißmäßig erstrecken läßt. Wenn die berüchtigten Formulare des Miethvertrags (auch wenn der Miether sie unterschrieben hat) unter Strafe der Exmission bestimmen, daß für jede Beschädigung der Wohnung gehaftet werde oder diese nach Kündigung jederzeit behufs Weitervermiethung besichtigt werden könne, so sind diese Klauseln von selbst nur im Sinne des Textes zu verstehen. Aehnlich die Klauseln der Pferdeverleiher, Versicherungsgesellschaften ꝛc. auf Reitkarten, Versicherungspolicen, öffentlichen Anschlägen aller Art. Nach dem Grundsatz des Textes richtet sich, was und wieviel ein Bediensteter zu arbeiten hat u. dgl.

6) Vgl. auch oben Bd. I § 13 Ziff. 2b.

7) S. o. Bd. I § 91.

8) Vgl. die oben cit. §§ 13 u. 91.

und Glauben sind die allgemeinen sittlichen Grundlagen des Verkehrs[9]), nach denen (im Gegensatz zum Buchstaben) der Inhalt der Verpflichtung zu bestimmen ist. Entscheidend ist die Auffassung der Allgemeinheit, nicht die subjektive Ansicht der Parteien des Schuldverhältnisses. Auf der anderen Seite ist bei der Beurtheilung auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen[10]). Diese ist zeitlich und örtlich, ja selbst unter Umständen nach der Art des Personenkreises, dem Gläubiger und Schuldner angehören, eine verschiedene (z. B. eine andere in Börsenkreisen als unter Landleuten). Uebrigens ist die Verkehrssitte nicht selbständige Beurtheilungsnorm, sondern nur adminikulirend bei der Beurtheilung der Leistung nach Treu und Glauben in Betracht zu ziehen[11]). Dabei ist die Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses und der Ort, dessen Sitten sich die Parteien vermuthlich unterwerfen wollten, zu berücksichtigen. Ist kein derartiger Ort ersichtlich, so ist die Sitte desjenigen Ortes maßgebend, dessen Rechten das Schuldverhältniß im Allgemeinen untersteht[12]); es sei denn daß diese Ortssitte beiden Parteien nicht bekannt war[13]).

3. Die Vorschrift des § 242 BGB. ist eine zwingende Rechtsnorm, daher vom Richter von Amtswegen[14]) zu beachten[15]). Das Schuldverhältniß wird von der Rechtsordnung nur mit einem im obigen Rahmen befindlichen Inhalt zugelassen. Dies bestimmt die Verpflichtungen des Schuldners zu seinem Vortheil oder Nachtheil gegenüber dem Gläubiger, und ist insofern auch für den letzteren maßgebend.

9) Wohl zu unterscheiden vom guten Glauben des Einzelnen. Treu und Glauben ist etwas Objektives: die Auffassung der Allgemeinheit über Redlichkeit und Anstand. Anderseits darf man das Ideal auch nicht zu hoch stecken (wie Stammler S. 40 ff.). Dies überschreitet die Aufgaben des Rechts und verträgt sich nicht mit der gleichzeitig geforderten Berücksichtigung der „Verkehrssitte", welcher derartige Ideale fremd sind (s. u.).

10) Im Handelsrecht (unter Kaufleuten, in Ansehung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen) auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. § 346 HGB.

11) Nach Maßgabe des oben Bd. I § 13 nach Note 18 Gesagten.

12) S. o. Bd. I § 28 Ziff. 5. So, obschon die Verkehrssitte als solche Recht im objektiven Sinne nicht ist. Dies zeigt sich gleich im Folgenden (Unanwendbarkeit bei Unbekanntschaft der Parteien mit der betreffenden Ortssitte). — Im Allgemeinen entscheidet also in Zweifelsfällen die für den Schuldner maßgebende Ortssitte (arg. Bd. I § 28 zu Note 44).

13) War sie blos dem Schuldner unbekannt, so kann die Beurtheilung des Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben dennoch zu ihrer Anwendung führen: wenn nämlich der Gläubiger die Bekanntschaft des Schuldners mit jener Sitte erwarten durfte. S. auch Dernburg § 10 Ziff. III.

14) Z. B. im Prozesse auch bei Ausbleiben des Beklagten.

15) Es entsteht daher (ähnlich wie in § 226 BGB.) nicht blos eine Einrede (exceptio doli) für den Schulder. S. schon oben Bd. I § 36 zu Note 18. S. auch Stammler S. 49.

II. Entstehungsgründe*.

§ 143.

Selbständige Schuldverhältnisse[1]) entstehen nach Maßgabe unserer früheren Erörterungen über die Bestimmung der Obligation[2]). Die Schuldverhältnisse dienen dazu, Aenderungen in den Privatrechtsverhältnissen der Einzelnen zu vermitteln, und treten daher überall auf, wo das Bedürfniß solcher Aenderung vorliegt. Das Bedürfniß beruht aber entweder auf den freien Entschließungen der Parteien im Rechtsverkehr oder auf höheren Gründen der Rechtsordnung. Demgemäß entstehen die Schuldverhältnisse entweder freiwillig aus Rechtsgeschäften, oder unfreiwillig aus anderen Thatbeständen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung eines Schuldverhältnisses knüpft[3]).

1. Die rechtsgeschäftliche Entstehung von Schuldverhältnissen umfaßt das ganze rechtsgeschäftliche Gebiet (Bd. I §§ 73 ff.). Hauptsächlichster Entstehungsgrund sind danach

a) die Verträge. Diese erzeugen immer ein Schuldverhältniß, wenn nur der Wille der Parteien auf die Begründung eines solchen gerichtet ist[4]). Ebenso können die Parteien durch Vertrag jede beliebige Aenderung an einem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisse herbeiführen, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. § 305 BGB. Die betreffenden Schuldverhältnisse beurtheilen sich im

---

*) Vgl. Hesse, Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen röm. Rechts (1868); Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge (1881); Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873); Dernburg §§ 78 ff.; Endemann I §§ 95, 101, 105; Cosack § 81; Mathiaß I § 85; Enneccerus I §§ 175 ff.

1) Von denen wir nach § 138 Ziff. 2 oben in diesem Buche allein handeln.

2) Oben § 138 Ziff. 3.

3) Diese Erklärung aus dem Wesen des Schuldverhältnisses heraus ist heutzutage die allein zutreffende. Die röm. Eintheilung der Entstehungsgründe, die wir bei Gaius (III, 88) und Justinian (§ 2 J. de obl. 3, 13; l. 1, 4, 5 Dig. de O. et A. 44, 7) finden, ist weder brauchbar noch erschöpfend. Hiernach entstehen die Schuldverhältnisse: ex contractu, ex delicto und ex variis causarum figuris (quasi ex contractu und quasi ex delicto). Die röm. contractus nun umfaßten keineswegs alle Rechtsgeschäfte, ja nicht einmal alle Verträge (s. u. Note 9). Wollten wir dies aber auch in der unten § 166 geschilderten Weise ausgestalten und verallgemeinern, so bleibt die Eintheilung doch noch immer eine äußerliche, insbesondere bleibt das Wesen der obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto in allen Fällen unklar. Einen Aufschluß über die Entstehungsgründe der Obligation gibt die Eintheilung nicht. Es wird nur gesagt, daß der Schuldner einmal mehr nach Kontraktsgrundsätzen, das andere Mal mehr nach Deliktsgrundsätzen behandelt werde.

4) Beim Vorliegen der allgemeinen Gültigkeitserfordernisse des Geschäfts. S. insbes. Bd. I §§ 79, 83 ff.

Uebrigen ausschließlich nach dem speziellen Inhalt der Vereinbarung. Manche im Verkehr besonders häufig vorkommende Schuldverhältnisse dieser Art hat die Rechtsordnung mit eigenen Namen ausgezeichnet (wie Kauf, Tausch, Darlehen, Gesellschaft u. dgl.), und besondere Vorschriften dafür aufgestellt. Diese Vorschriften bilden den Hauptinhalt des „speziellen Theils" des Schuldrechts [5]). Auch sie sind in ihrer überwiegenden Mehrheit weder zwingend [6]), noch sind die in ihnen behandelten einzelnen Schuldverhältnisse die einzig möglichen. Im Gegentheil, die Parteivereinbarung ist im Stande, wirksame Schuldverhältnisse zu erzeugen, welche unter keinen der behandelten speziellen Schuldtypen fallen, — deren Inhalt vielmehr lediglich nach der besonderen Abrede und im Uebrigen nach den allgemeinen Grundsätzen des ersten Buches und des vorliegenden Abschnitts (des allgemeinen Schuldrechts) zu beurtheilen ist. In diesem Sinne enthält letzterer thatsächlich für viele Fälle die ausschließlichen Schuldnormen [7]). Verträge, welche keinen der hier besprochenen speziellen Schuldtypen erzeugen [8]), kann man unbenannte Verträge (im modernen Sinne) nennen [9]).

---

5) Unseres zweiten Abschnitts (s. u. §§ 210 ff.) über die „Einzelnen Schuldverhältnisse".

6) Wie denn das gesammte Schuldrecht mit geringen Ausnahmen dem Grundsatz der Parteifreiheit untersteht. S. o. Bd. I § 79.

7) S. besonders unten das III. Kapitel: Schuldverhältnisse aus Verträgen. Neben den Lehren des Allgemeinen Theils (Bd. I §§ 73 ff.) über die Rechtsgeschäfte werden hier nähere Bestimmungen über Schuldverhältnisse gegeben, die auf Verträgen beruhen: sei es ausschließlich (wenn der Vertrag unter keinen der im speziellen Theil des Schuldrechts behandelten Typen fällt) oder als Grundlage, auf der sich demnächst die besonderen Regeln des betreffenden Schuldtypus (Kauf, Miethe, Bürgschaft 2c.) aufbauen.

8) Z. B. Garantieverträge besonderen Inhalts 2c. — Wie es Schuldverhältnisse mit unbestimmten Subjekten gibt (s. o. § 138 i. f.), so gibt es auch Schuldverträge mit unbestimmten Personen (s. Dernburg § 81) u. s. w.

9) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo die Bedeutung der contractus innominati eine wesentlich andere war. Hier gab es als gültige Entstehungsgründe (causae civiles) einer Verbindlichkeit nur 4 Arten von Kontrakten, deren Namen und charakteristisches Merkmal entweder in dem Gebrauch gesprochener Worte (Verbalkontrakte: hauptsächlich die stipulatio), — in der Anwendung einer bestimmten Schriftform (Litteralkontrakt: dessen nähere Gestalt mit der Einrichtung der röm. Hausbücher zusammenhing), — oder in gewissen (4) Fällen in einer reellen Leistung des Gläubigers (Realkontrakte: Darlehen, Kommodat, Depositum, Pfandgabe), — oder endlich in (4) anderen Fällen in formloser Abrede der Kontrahenten bestand (Konsensualkontrakte: Kauf, Miethe, Sozietät, Mandat). Dieser beschränkten Zahl der (benannten) Verträge gegenüber dienten die Innominatkontrakte zur Ausfüllung einer Lücke des Kontraktssystems (d. h. zur Erzeugung eines gültigen Schuldverhältnisses überhaupt). Hiernach wurden alle Arten formloser Zusagen gegenseitiger Leistungen zum contractus dadurch, daß der eine Kontrahent seine Leistung prästirte. Erst dann (nicht vorher) war das Geschäft klagbar: der Gegner ursprünglich blos (mit

b) Ausnahmsweise gestattet das Gesetz die Begründung von Schuldverhältnissen durch einseitiges Rechtsgeschäft, sei es des Schuldners selbst (durch einseitiges Versprechen) oder seines Autors, d. h. desjenigen, welcher ihn überhaupt zu verpflichten die rechtliche Macht besitzt (z. B. des Erblassers nach §§ 2174 ff., des Stifters einer juristischen Person nach § 82 BGB. ꝛc.). Nur der erstgenannte Fall bedarf hier[10]) einer Erläuterung. Das einseitige Versprechen des Schuldners erzeugt nach § 305 BGB. eine gültige Verbindlichkeit in besonderen vom Gesetze zugelassenen Fällen. Diese sind[11]) die Auslobung (§§ 657 ff. BGB.) und das Versprechen aus Inhaberpapieren (§§ 793 ff.) zu Gunsten des künftigen Erwerbers des letzteren. Die betreffenden Schuldverhältnisse sind von eigenartigem Inhalt und vom Gesetz besonders geregelt. Wir behandeln sie im Zusammenhang mit verwandten Erscheinungen im speziellen Theil der Schuldverhältnisse. S. u. §§ 279, 310 ff.

2. Aehnlich verhält es sich mit allen denjenigen Schuldverhältnissen, die unabhängig vom Willen der Betheiligten aus anderen Thatsachen entstehen. Lediglich das Gesetz ist es, welches im Einzelfalle deren Wirkung bestimmt. Soweit die betreffenden Schuldverhältnisse daher nicht eine anderweite systematische Stellung finden[12]), gehören sie in den besonderen Theil. In Betracht kommen

---

condictio) auf Rückgabe, später auch (mit der actio praescriptis verbis) auf Vollzug der Gegenleistung verpflichtet. Das System der röm. Innominatkontrakte, sammt dem eigenthümlichen Reuerecht, das ihnen innewohnt, ist mit dem heutigen Prinzip der Gültigkeit aller Verträge auf Grund der einfachen Willensübereinstimmung der Parteien hinweggefallen. Jede Leistung aus vertraglicher Uebereinkunft erfolgt bei uns nicht contrahendi, sondern solvendi causa. — Unbenannte Verträge sind heutzutage lediglich die, welche keinen besonderen Namen haben resp. kein besonders (typisch) benanntes Schuldverhältniß erzeugen. Das führt unter Umständen zum Ausschluß gewisser für die einen oder anderen gegebener besonderer Regeln, aber zu keiner abweichenden juristischen Struktur des Schuldverhältnisses.

10) In Gemäßheit des oben § 138 Ziff. 2 Gesagten.

11) Die anderen röm. Fälle: pollicitatio, votum (Tit. Dig. de pollicitat. 50, 12; c. 18 X. de cens. 3, 39) sind antiquirt. S. darüber Regelsberger, Erört. (1868) §§ 41—48 und Streifzüge (1892) S. 17; Windscheid, Pand. §§ 304, 308. Ob das germanische Recht derartige Fälle kannte ist bestritten. Vgl. Stobbe-Lehmann, D. Privatr. III § 219 Note 2; B. v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (Berl. Diss. 1889) S. 34. Von der bindenden Kraft der Vertragsofferte im heutigen Recht, sowie eventuell anderer empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach deren Zugehen an den Adressaten war schon die Rede. S. o. Bd. I §§ 88 ff.

12) Wie z. B. der Anspruch auf Vorlegung von Sachen ꝛc. (s. o. Bd. I §§ 135—137); der familienrechtliche Anspruch auf Unterhalt. — Eine eigenthümliche Behandlung erfordert das sog. relative Unrecht (s. o. Bd. I § 107 Ziff. 1a). Dasselbe ist Unrecht mit Beziehung auf ein bestimmtes bestehendes Privatrechtsverhältniß mit obligatorischen Rechtsfolgen (vgl. § 138 Ziff. 3b). Aber

a) unerlaubte Eingriffe in fremde Rechtssphäre (das sog. absolute Unrecht, Delikt). S. §§ 823 ff. BGB.;

b) erlaubte Eingriffe (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff.) oder sonstiger Eintritt von Zuständen, für deren nähere Regelung oder Beseitigung ein Bedürfniß besteht. Hierhin gehört das Recht der Gemeinschaft und deren Aufhebung (§§ 741 ff.), der Ausgleichung einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) rc. S. darüber unten §§ 254 ff., 286 ff., 317 ff.

Zweites Kapitel.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Die Leistung. — Surrogate und Nebenvortheile des zu leistenden Gegenstandes *.

§ 144.

I. Inhalt des Schuldverhältnisses ist die Leistung, auf welche (nach § 241 BGB.) die Verpflichtung des Schuldners geht. Für den Gläubiger besteht der Inhalt seines Forderungsrechts darin, diese Leistung fordern zu können; für den Schuldner der Inhalt seiner Verpflichtung darin, die Leistung zu machen. Die geschuldete Leistung nennt man auch wohl den Gegenstand des Forderungsrechts.

Doch ist diese letztere Bezeichnung nicht genau. Der Gegenstand des Schuldverhältnisses ist rechtlich von seinem Inhalt zu unterscheiden. Gegenstand ist nicht die Leistung, sondern das zu Leistende; also dasjenige, worauf sich die Leistungspflicht bezieht: vor Allem die zu leistende Sache, oder wenn die Leistung in einem bestimmten Thun oder Unterlassen des Schuldners besteht, das Resultat der Handlung oder Unterlassung. Indessen auch in dieser Betrachtung nennt das Leben Inhalt und Gegenstand des Schuldverhältnisses durcheinander. Die Leistungspflicht ist ihm etwas zu Abstraktes; das Leben sieht durch

---

diese erscheinen als nichts Selbständiges, sondern nur als ein Ausfluß des verletzten Rechts. Daher behandeln wir die aus dem relativen Unrecht entspringenden Schuldverhältnisse nicht für sich, sondern in Verbindung mit den betreffenden Rechtsverhältnissen.

*) Ihering, Abhandlungen I (1844); Mommsen, Erörterungen a. d. Obligationenrecht I (1859); Stammler, Schuldverhältnisse S. 131 ff.; Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die Vortheile, die der Schuldner a. d. gesch. Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (1900).

sie hindurch sofort auf das durch das Schuldverhältniß vermittelte Gut. Man sagt daher, daß man die Sache zu fordern hat; statt eine Leistung, deren Gegenstand die Sache bildet. Bleibt man sich des juristischen Mittelgliedes bewußt[1]), so ist dagegen nichts zu erinnern[2]).

II. Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird, soweit letzteres auf der freien Parteibestimmung beruht, in erster Linie durch diese, im Uebrigen durch gesetzliche Vorschriften bestimmt. Danach ist sein Inhalt auch wandelbar. Er kann bei der Begründung des Schuldverhältnisses ein anderer sein als später. Z. B. die Leistungspflicht verwandelt sich durch Untergang des geschuldeten Gegenstandes möglicherweise in eine solche auf Schadensersatz; durch Verzug des Schuldners tritt zu der ursprünglichen Leistung noch etwas hinzu (§ 286 BGB.) und dgl.[3]).

Besonders schwierig ist die Beantwortung der Frage was zu leisten ist, wenn der Gegenstand des Schuldverhältnisses sich erweitert, wenn er Früchte oder einen sonstigen Gewinn abwirft. Da das Schuldverhältniß nicht an dem Gegenstand haftet, fallen derartige Vortheile nicht ohne Weiteres dem Gläubiger zu. Vielmehr ist zu fragen, ob das Schuldverhältniß auch diesen Gewinn begreift. Eine ein für alle Mal passende Antwort auf diese Frage gibt es nicht. Vielmehr ist zu unterscheiden.

1. Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Gläubiger jedenfalls einen Anspruch auf denjenigen gemachten Gewinn, welcher als Surrogat des nicht mehr zu liefernden Schuldgegenstandes erscheint. Ist die geschuldete Leistung ganz oder theilweise unmöglich geworden, so kann es sein, daß der Umstand, welcher die Unmöglichkeit herbeiführte, auf der anderen Seite dem Schuldner einen Gewinn zuführt. Auf diesen hat der Gläubiger dann Anspruch, wenn er weder die ursprüngliche Leistung, noch für die letztere Schadensersatz erhält[4]). Erhält er Schadensersatz, so kann er den Surrogatgewinn

---

1) Insbesondere daß die Schuldverhältnisse uns niemals eine unmittelbare Herrschaft über die Sache gewähren. S. o. § 138 Ziff. 1.

2) Hartmann, Die Obligation S. 162 ff. will vom Gegenstand der Schuldverhältnisse gar nicht geredet wissen. Damit würde man aber dem Sprachgebrauch des Lebens Gewalt anthun.

3) Diese und andere Fälle der Verstärkung oder Veränderung der Verpflichtungen des Schuldners, z. B. durch Prozeßbeginn und Urtheil (s. o. Bd. I §§ 129, 130), sind bereits oder werden noch an den entsprechenden Stellen besprochen. Einer allgemeinen Erörterung an dieser Stelle bedarf nur das Folgende.

4) S. darüber unten § 158 Ziff. 5. Vgl. schon Mommsen, Erörterungen (1859) S. 76 ff., Art. 1302 ff. Code civil, § 960 des Sächs.GB. Hauptfall ist,

nur gegen entsprechende Ermäßigung des Ersatzquantums fordern. § 281 BGB. Zu einer Vermehrung des Gläubigerrechts soll der Anspruch in keinem Falle führen. Vor Allem dient er zum billigen Ausgleich der Verluste des Gläubigers bei einfacher Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung[5]). Weil man hier davon spricht, daß der Gläubiger die Gefahr trage, sagt man auch: wer die Gefahr trägt, dem gebührt der Gewinn[6]).

2. Neben dem Schuldgegenstande (wenn dessen Leistung noch möglich ist), kann der Gewinn nach folgenden Grundsätzen herausverlangt werden[7]). Gleichgültig ist ob der Vortheil unmittelbar aus der Sache hervorgegangen ist, oder ob er durch Rechtsgeschäft über das Schuldobjekt oder durch industrielle oder andere Thätigkeit des Schuldners daraus[8]) gewonnen wurde. Die römischen Unterscheidungen in dieser Hinsicht[9]) sind nicht mehr die unsrigen. Maßgebend für uns ist der Begriff der Nutzungen wie § 100 BGB. ihn definirt[10]). Vgl. z. B. §§ 347 i. f., 446, 467, 987, 2380 eod. Danach sind nicht Gewinn, also nicht herauszugeben die Vortheile, zu deren Erlangung der Schuldgegenstand blos zufällig Veranlassung gegeben hat[11]). Da-

---

wenn der Leistungsgegenstand von einem Dritten zerstört oder beschädigt ist und der Schuldner deshalb einen Ersatzanspruch wider den Dritten hat. Oder er hat die durch Feuer u. dgl. zerstörte Sache versichert und hat die Versicherungssumme zu fordern. (Vorbehaltlich im letzteren Fall der besonderen Grundsätze des Versicherungsrechts, z. B. ob die Versicherung nur für den Versicherten persönlich geschlossen war, oder die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des zerstörten Gegenstandes zu verwenden ist.) Dagegen läßt sich keineswegs immer sagen, daß wenn der geschuldete Gegenstand vom Verpflichteten veräußert ist, statt seiner der Kaufpreis herauszugeben wäre. Er erscheint nur unter Umständen als Surrogat, z. B. in § 1370 BGB. (s. die Schlußworte) und in den ähnlichen Fällen des ehelichen Güterrechts, — dagegen nicht in § 818 Abs. 1. S. auch Bd. I § 31 am Ende.

5) Nach § 275 BGB. S. u. § 158 Ziff. 1a.

6) Eius est commodum, cuius est periculum. S. z. B. l. 10 Dig. de R. J. 50, 17. Der Satz ist aber in solcher Allgemeinheit nicht richtig, sondern nur in den im Texte hier und weiter unten angegebenen Fällen zutreffend. — Man spricht hier wohl vom Ersatz des stellvertretenden Commodum.

7) Im Gegensatz zum vorigen Falle spricht man hier auch wohl vom accessorischen Commodum. Vgl. Mommsen, Erörterungen S. 5 ff.

8) Z. B. der Renngewinn mit einem geschuldeten (entliehenen oder auf Probe gekauften) Pferde. S. u. Note 11.

9) Das sog. lucrum ex re und das lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 Dig. de hered. vend. 18, 4). Uebrigens ist die von Jhering und Mommsen a. a. O. begründete herrschende Auffassung neuerdings von Podewils S. 85 ff. stark angefochten.

10) Unter Berücksichtigung des Satzes: fructus non intelliguntur nisi deductis impensis. S. §§ 102 BGB. und oben Bd. I § 69 Ziff. 6.

11) Ausgeschlossen von dem Begriff der Nutzungen ist also das lucrum occasione rei perceptum, wie l. 2 § 7 Dig. de hered. vend. 18, 4 es ausdrückt. Z. B. was dem Erbschaftsverkäufer irrthümlich von einem Nichtschuldner des

gegen umfaßt der Gewinn die natürlichen und bürgerlichen Früchte (z. B. auch Mieth- und Pachtgelder, § 99 Abs. 3) und die Gebrauchsvortheile (auch aus der Selbstbenutzung des Schuldobjekts durch den Verpflichteten)[12]. — Eine Herausgabepflicht derartiger Nebenvortheile besteht nun

a) bei solchen Schuldverhältnissen, die auf Rückgabe eines Gegenstandes an den Eigenthümer oder bisher Berechtigten[13]) von Seiten des Miethers, Entleihers, Pfandgläubigers, Verwahrers u. dgl.[14]) gerichtet sind. Die genannten Verpflichteten haben mit Rückgabe des Gegenstandes selbst auch die erhaltenen Zwischenvortheile, auf die das Schuldverhältniß ihnen kein besonderes Anrecht gibt, herauszugeben. Aehnlich verhält es sich bei Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Vertrage in Ansehung der beiderseits zurückzugewährenden Leistungen; ebenso bei der Wandelung wegen Mängel einer veräußerten Sache (da dieser Fall nach Rücktrittsgrundsätzen behandelt wird). S. §§ 327, 347, 467 BGB.[15]).

b) Bei Schuldverhältnissen auf Verschaffung von Gegenständen, welche dem Gläubiger bisher fremd waren, z. B. bei Kauf, Tausch, Werklieferungsvertrag[16]), Schenkung ꝛc. gewinnt der Satz, daß der Gewinn dem gebührt, der die Gefahr trägt[17]), Bedeutung. Daß die Gefahr zumeist in einem anderen Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, als dies im römischen Recht der Fall war[18]), verdeutlicht uns nur das Prinzip, wenn auch die römischen Detailentschei-

Erblassers bezahlt wird; das auf dem zu leistenden Grundstück erlegte Wild, es sei denn daß die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks in seiner jagdmäßigen Ausbeutung liegt; der Renngewinn aus einem Thier (s. Note 8), das nicht zu derartigem Sport bestimmt ist; die Hälfte des in dem Grundstück gefundenen Schatzes, die nach § 984 BGB. dem Entdecker zufällt. Vgl. Podewils S. 68.

12) Sog. fingirtes Einkommen. v. Petrażycki, Lehre v. Einkommen II (1895) S. 77, 138 ff.

13) Petrażycki a. a. O. § 3 S. 30 ff. unterscheidet nur Restitutions- und Leistungsansprüche. Wir stellen (unter lit. c) noch die Fälle zusammen, in denen der Schuldner eine Verwaltung oder Geschäftsbesorgung hinsichtlich des Leistungsgegenstandes für den Gläubiger übernommen hat. Hier ist Grund der Herausgabepflicht der Gewinnvortheile nicht so sehr das Eigenthum des Gläubigers am Leistungsgegenstande als der Inhalt der Verwaltungspflicht. Daher geht auch die Herausgabepflicht des Schuldners hier weiter als in den übrigen Fällen. Wir verwerfen die Kategorie der „Restitutionsansprüche" als zu vage und unbestimmt.

14) Vgl. schon röm. l. 1 § 24 Dig. depositi 16, 3; l. 38 § 10 Dig. de usur. 22, 1.

15) Unten §§ 170 ff., 174 ff., 220, 222.

16) D. h. bei Sachen, die aus dem Stoff des Unternehmers herzustellen sind. S. u. § 270.

17) S. o. Note 6.

18) S. darüber unten §§ 168, 213.

dungen fast nirgendwo mehr zutreffen. Der veränderte Gefahrübergang hat auch eine Verschiebung der kritischen Zeit für den Gewinnbezug des Gläubigers nach sich gezogen. Gefahr und Nutzungen gehen jetzt regelmäßig erst mit Uebergabe der Sache, bei Grundstücksübertragung auch mit der Umschreibung im Grundbuch auf den Gläubiger über[19]). Vgl. § 446, auch §§ 515, 651 BGB. Bei der Verschaffung von Rechten, die zum Besitze einer Sache berechtigen, ist die Uebergabe ꝛc. der Sache (§ 451 BGB.), bei anderen Rechten die Zeit der Abtretung resp. des ganzen Vertrages entscheidend, sofern letzterer die Abtretung zugleich in sich enthält[20]). §§ 398, 413. So denn auch beim Verkauf ꝛc. eines ganzen Vermögens, vor Allem einer Erbschaft (§§ 2371, 2385). Hier trägt der Gläubiger (Erwerber) schon von dem Abschluß des Vertrages an die Gefahr und hat auf die Nutzungen Anspruch. §§ 2379, 2380.

Wird, wo die Uebergabe für den Anspruch des Gläubigers auf die Gewinnvortheile maßgebend ist, die Uebergabe verzögert, so erlangt der Gläubiger Anspruch auf die Nutzungen erst von dem Augenblicke an, da der Schuldner sich im Verzug befindet[21]), oder von der Rechtshängigkeit der Forderung[22]). S. §§ 292 Abs. 2, 987.

c) Hat das Schuldverhältniß eine Geschäftsbesorgung für den Gläubiger zum Inhalt[23]), so ist auch der nach Lage der Sache aus dem Leistungsgegenstande gemachte Gewinn als für den Gläubiger gemacht anzusehen, und daher nach 667 BGB. dem Gläubiger herauszugeben. Diese Herausgabepflicht wird unten im Zusammenhang behandelt[24]).

---

19) Im letzteren Fall mit demjenigen von beiden Akten, der früher erfolgt. Vgl. § 446 Abs. 2 BGB. Beim Annahmeverzug des Gläubigers gehen Gefahr und Nutzungen mit diesem über. Arg. §§ 300, 302 eod. — Beim Versendungskauf legt § 447 BGB. dem Käufer die Gefahr auf, gibt ihm aber nicht die Nutzungen: z. B. das auf dem Transport von der Kuh geworfene Kalb. Danach würde, wenn die Kuh auf dem Transport verendet, der Käufer für sein Geld weder Kuh noch Kalb bekommen! Dagegen gleichmäßig Cosack § 124 Ziff. 2d auf Grund einer zu unterstellenden entgegengesetzten Parteiabrede und Dernburg § 175 Ziff. IV aus Billigkeit. Jedenfalls ist beim Versendungskauf der Fortbezug der Nutzungen seitens des Verkäufers nur die Regel. Man darf kein absolutes arg. a contrario in das Gesetz hineintragen.

20) S. u. § 211 Ziff. 2a, § 213 Ziff. 1c.

21) Darüber s. u. §§ 161 ff. — Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes resp. des § 252 BGB.

22) S. u. § 160.

23) Hierhin gehört der Fall des Auftrags, des Dienst- und Werkvertrags auf Geschäftsbesorgung (§§ 662, 675 BGB.), der Vormundschaft, Geschäftsführung ohne Auftrag ꝛc.

24) Manche erstrecken sie ohne Weiteres auf die Gelegenheitsvortheile (das

d) Umgekehrt hat, wo alle vorgenannten Fälle nicht zutreffen, der Schuldner einer Sache wenigstens die nachträglich hinzutretenden wesentlichen Bestandtheile[25]) und den Zuwachs, — ebenso den Gewinn der Sache durch weggefallene Lasten[26]) herauszugeben, unbeschadet jedoch der etwaigen Rechte des Schuldners auf Ersatz seiner Verwendungen und Wegnahme der eingefügten Einrichtung (§§ 256, 257) nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses[27]). — Beruht die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache auf Vertrag, so erstreckt sich die Leistungspflicht des Schuldners im Zweifel auf das Zubehör der Sache. § 314 BGB.[28]).

II. Allgemeine Eigenschaften der Leistung.

§ 145.

Die Leistungen, welche den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden, können von unbegrenzter Mannigfaltigkeit sein. § 241 BGB. unterscheidet in allgemeinster Weise das Thun und Unterlassen, also positive und negative Handlungen[1]). Erstere umfassen das „Geben" einer Sache (Verschaffung des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte) und Arbeits- oder Dienstleistungen aller Art; letztere umfassen sowohl das eigene Nichtthun (Nichtvornahme von Handlungen, zu welchen der Schuldner an sich berechtigt ist), als das Dulden von Handlungen des Gläubigers. Eine konkrete geschuldete Leistung kann auch aus einer Mischung aller dieser Elemente bestehen[2]).

---

lucrum occassione rei perceptum: s. o. Note 11). Doch geht das in dieser Allgemeinheit zu weit. S. u. § 252 III Ziff. 1d zu Note 30.

25) S. darüber oben Bd. I § 59. Z. B. eine Landanschwemmung des Grundstücks, Bauten auf demselben, und die in ein Gebäude nach § 94 BGB. eingefügten Sachen. Mommsen S. 16ff.

26) S. § 103 BGB. u. o. Bd. I § 69 i. f.

27) S. darüber unten § 151 Ziff. III.

28) Nicht hierher gehörige Fälle zieht Kipp zu Windscheid, Pandekten § 327 Ziff. 3 u. 4 herbei. Denn es gehört zum Begriff des Schadensersatzes resp. der Bereicherung, auf die das Schuldverhältniß geht, wie hoch dieselben im Einzelfalle sind. Mit der Frage eines besonderen herauszugebenden lucrum des Schuldgegenstandes haben diese Fälle nichts zu thun.

1) Im Allgemeinen stehen beide gleich (wie bei den unerlaubten Handlungen, s. o. Bd. I § 107 Note 10).

2) Daher ist es ein Fortschritt des Gesetzes, daß es an diese Unterscheidungen keine generellen Vorschriften mehr anknüpft. Im Einzelfalle können die Folgen der Nichtleistung natürlich sehr verschieden sein, je nachdem die Verpflichtung zum Thun oder Unterlassen in einer ihrer verschiedenen Formen verletzt ist. Vgl. z. B. §§ 314, 626ff. BGB., §§ 883ff., 888, 890 CPO. u. s. w. Die älteren Unterscheidungen bleiben hier außer Betracht.

Hervorzuhebende Eigenschaften der Leistung sind folgende:

1. Die Leistung muß möglich sein[3]). Das will sagen: ein Schuldverhältniß entsteht nicht, wenn im Augenblick, da es begründet werden soll, gewiß ist, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wann sie geschehen soll. Dies folgt unmittelbar aus dem Begriff des Rechtszwanges, dem die Leistungspflicht untersteht[4]). Gemeint ist die sog. ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit des Begründungsakts der Schuld[5]), nicht eine später eintretende. Letztere, die sog. nachfolgende Unmöglichkeit[6]), beeinträchtigt als solche den Fortbestand des Schuldverhältnisses nicht. Denn alle Dinge sind in stetem Wechsel begriffen, und auch das Schuldverhältniß muß es sich gefallen lassen, daß ihm dadurch sein ursprünglicher Gegenstand genommen werden kann. Hier wird in anderer Weise geholfen. S. u. § 158.

Dagegen ist der Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit verhältnißmäßig selten. Wo das Gesetz unmittelbar Schuldverhältnisse aufstellt[7]), wird es von selbst keine Verpflichtung zu unmöglichen Leistungen vorschreiben[8]). Die Fälle ihres Vorkommens liegen hauptsächlich auf dem Vertragsgebiet, wo sie durch Irrthum oder betrügerische Vorspiegelungen über die Möglichkeit der Leistung 2c. hervorgerufen werden. Hier zeitigt das Versprechen unter Umständen andere, von den Parteien nicht beabsichtigte Folgen. Darüber s. u. § 166.

a) Es bleibt somit an dieser Stelle nur eine allgemeine Entwickelung des Begriffs zu geben übrig[9]). Die Unmöglichkeit braucht keine

---

3) Impossibilium nulla est obligatio. Vgl. l. 185 Dig. de R. J. 50, 17 und Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I (1853); Hartmann, Die Obligation (1875) S. 166ff., und in d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 22 S. 417; H. A. Fischer eod. Bd. 37 S. 225ff.; W. Biermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 91 S. 73; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (1900) in Fischer's Abh. Bd. 7 S. 1; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (1900), eod. Bd. 7 S. 169; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem bürgerlichen Recht (1900); Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 53 (mit Bezug auf Unterlassungen); Kleineidam in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 43 S. 105. — Stammler S. 106ff.; Dernburg §§ 60ff.; Endemann I § 127; Cosack § 98; Mathiaß I § 73 Ziff. V; Enneccerus I §§ 178ff., 191ff.

4) S. o. § 138 zu Note 6, § 141 zu Note 3ff. S. auch Planck, Lehrb. des Civilprozesses I (1887) § 62 zu Note 53; Dernburg § 60 Ziff. II.

5) Kleineidam S. 20ff., 130; Titze S. 52ff., 211.

6) Kleineidam S. 84ff., 132ff.; Titze S. 100ff.; Kisch S. 25.

7) S. o. § 143 Ziff. 2.

8) S. auch Mommsen S. 104; Hartmann S. 174; Kleineidam S. 81.

9) Es empfiehlt sich nicht, die ganze Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung in Eins zusammenzufassen. Sie wird von ganz verschiedenen Gesichts-

absolute, in der Natur der Leistung selbst begründete zu sein; es genügt, daß nicht erfüllbar ist, was im gegebenen Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner verlangt werden kann (sog. relative Unmöglichkeit)[10]). Unmöglich ist nicht nur das physisch, sondern auch das juristisch Unmögliche[11]). Vorübergehende Hinderungsgründe der Leistung im Augenblicke, da sie vorgenommen werden soll, sind Unmöglichkeit nur dann, wenn die Leistung zu späterer Zeit dem Inhalt und Zweck des Schuldverhältnisses widerspricht — also eine obligationswidrige sein würde[12]).

b) Herkömmlich unterscheidet man objektive und subjektive Unmöglichkeit[13]). Erstere soll ihren Grund haben in der Leistung an und für sich[14]), letztere in den besonderen Beziehungen des Schuldners zur Leistung. Auch das Gesetz kennt diese Unterscheidung. Es spricht von der Unmöglichkeit der Leistung im Gegensatz zum Unvermögen des Schuldners[15]). Anderseits wird der Unterscheidung keineswegs überall praktische Bedeutung beigelegt, und das mit gutem Grunde. Denn es läßt sich nicht immer mit Sicherheit bestimmen, ob ein Hinderungsgrund in der Leistung selbst oder in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners liegt[16]). So sind denn die Fälle, in denen es der Unterscheidung nicht bedarf, mit Freuden zu begrüßen. Dies trifft zu

---

punkten beherrscht. Das Gesetz hat daher recht gethan, sie nach diesen gesondert zu behandeln (§§ 275ff., 306, 2171ff., 2192, 2196 BGB.). Dem schließen wir uns an.

10) Die Fälle absoluter Unmöglichkeit sind verhältnißmäßig selten. Sie wären kaum erwähnenswerth. Dagegen ist z. B. unmöglich die Leistung, sich irgendwohin zu begeben und dort eine Arbeit zu verrichten, wenn man in einer Quarantäne festgehalten wird, oder eine Wohnung bei lebensgefährlicher Erkrankung zu räumen, obschon hier nur die besonderen Umstände des Falles den Leistungspflichtigen zurückhalten. Vgl. Kleineidam S. 37; Titze S. 4, 31ff., 67ff.; Kisch S. 13.

11) Z. B. Uebereignung einer dem Gläubiger schon gehörigen oder völlig verkehrslosen Sache. — Anderseits ist nicht alles Verbotene unmöglich. S. Titze S. 4ff., 13, 61ff. u. Cit.

12) S. darüber unten § 156. Kleineidam S. 95ff.; Kisch S. 18ff.; Titze S. 33.

13) Kleineidam S. 3ff. u. Cit.; Titze S. 59ff.

14) Vor Allem, wenn die geschuldete individuelle Sache untergegangen oder nicht im Verkehr ist. Wenn eine persönliche Thätigkeit oder ein Unterlassen des Schuldners zu prästiren ist. Titze S. 60, 67, 70 und oben Noten 10 u. 11.

15) S. §§ 275, 279, 306 BGB.

16) Gewöhnlich wird gesagt, es komme darauf an, ob ein Anderer als der Schuldner die Leistung vollziehen könne. Dies trifft keineswegs alle Fälle. Vgl. Hartmann a. a. O., W. Biermann S. 84ff.; Titze S. 64, 70ff.

α. bei Gattungsschulden[17]). Hier ist von vornherein klar, daß soweit die Gattung, aus der geleistet werden soll, an sich noch vorhanden und zur Leistung ausreichend ist, jede Unmöglichkeit regelmäßig nur eine subjektive sein kann[18]). Ja es liegt nahe, hier überhaupt nicht von Unvermögen, sondern nur von einer Leistungsschwierigkeit für den Schuldner zu reden[19]). Jedenfalls unterstellt denn auch das Gesetz diesen Fall — den Mangel an Zahlungsmitteln — besonderen Grundsätzen, d. h. berücksichtigt den Mangel regelmäßig gar nicht[20]). § 279 BGB.[21]).

β. Ebenso umgeht das Gesetz bei der nachfolgenden Unmöglichkeit die Schwierigkeit der Unterscheidung dadurch, daß es Unmöglichkeit und Unvermögen in diesem Fall ausdrücklich gleichstellt[22]). S. § 275 Abs. 2 BGB. Im Falle der ursprünglichen Unmöglichkeit ist dies zwar nicht in gleicher Weise geschehen (s. § 306 eod.), das Gesetz hat aber auf andere Weise Vorsorge getroffen, daß praktische Schwierigkeiten aus der Unterscheidung nur in den seltensten Fällen entstehen können. S. darüber in der Lehre von den Schuldverträgen[23]). Die Unterscheidung ist daher hier nicht weiter zu verfolgen.

c) Ist die Unmöglichkeit der Leistung nur eine theilweise[24]), so trifft der Mangel an sich auch nur den betreffenden Theil des Schuldverhältnisses. Doch kann der ganze Inhalt des letzteren dadurch in

17) S. § 147. Man denke z. B. an Schuldverhältnisse auf Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen und vor Allem an Geldschulden.

18) Anders wenn die Gattung selbst untergegangen oder aus dem Verkehr verschwunden ist. Entsprechend dem Fall der Note 14. Vgl. Kisch S. 113. — Dies sind Ausnahmefälle. Für gewöhnlich sagt man: genus non perit. S. u. § 147 zu Note 29. Es liegt dann an dem Schuldner, daß er aus der Gattung nicht leisten kann. Vgl. l. 137 § 4 Dig. de V. O. 45, 1.

19) Denn er kann sich die Leistungsmittel, z. B. das fehlende Geld, vielleicht noch auf andere Weise (auf Kredit rc.) verschaffen. — Ueber die verschiedenen Theorien s. Kisch S. 110 ff.

20) S. die schon cit. l. 137 §§ 4, 5 Dig. de V. O. Eine Anwendung des Grundsatzes in Formulirung für die nachträgliche Unmöglichkeit enthält § 279 BGB.

21) Die Bestimmung beschränkt sich auf den Fall des Unvermögens im obigen Sinne; ergreift nicht andere Fälle der Nichtleistung. S. u. § 158 zu Note 15.

22) Hier wird vielmehr aller Werth darauf gelegt, ob die Unmöglichkeit durch einen vom Schuldner zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umstand eingetreten ist. Vgl. darüber im Allgemeinen Titze S. 74 ff.

23) S. u. § 166 Ziff. I. — Gattungsschulden scheiden schon aus dem Gesichtspunkt bei lit. α aus.

24) Titze S. 31; Kleineidam S. 24 ff., 94; Kisch S. 161. Dabei kommt es nicht immer blos auf die quantitative Verringerung der Leistung an, sondern unter Umständen auch auf die wirthschaftliche Bedeutung des zu Leistenden (wie es nach Inhalt des Schuldverhältnisses sein soll und nun thatsächlich ist).

Mitleidenschaft gezogen werden; — entweder generell dadurch, daß die geschuldete Leistung untheilbar ist[25]), oder bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen nach Maßgabe der Auslegung des Parteiwillens[26]). Diese kann dazu führen, bei Vereitelung des von der Unmöglichkeit getroffenen Theiles der Verbindlichkeit[27]) Ungültigkeit des ganzen Geschäftes anzunehmen[28]). Arg. § 139 BGB.

2. Dinge, an deren Verhinderung der Staat Interesse hat, können nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein[29]). Unerlaubt in diesem Sinne ist vor Allem, was gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Es versteht sich von selbst, daß die Rechtsordnung nicht auf der einen Seite schuldrechtlich erzwingen kann, was sie auf der anderen Seite mißbilligt. Die Behandlung des Verbotenen entspricht derjenigen der Schuldverhältnisse mit unmöglichem Inhalt[30]). — Daß über unmögliche und verbotene Leistungen für den Fall der Aufhebung der Unmöglichkeit oder des Verbotes gültig kontrahirt werden kann, versteht sich von selbst. Hier sind bedingte Leistungen versprochen[31]).

3. Die Leistung kann eine dauernde oder vorübergehende[32]), eine einfache oder zusammengesetzte sein. Im letzteren Falle unterscheidet sie sich von mehreren Einzelleistungen durch die Einheitlichkeit des Gesichtspunktes, unter welchem sie erfolgt: die mehreren Stücke werden als „zusammengehörig" geleistet. Ob ein Schuldverhältniß auf eine zusammengesetzte Leistung oder mehrere Schuldverhältnisse auf einzelne Leistungen vorliegen, hängt bei geschäftlichen Verpflichtungen vorwiegend von der Absicht der Parteien in dem begründenden Rechts-

---

25) S. darüber unten Ziff. 4.

26) S. o. Bd. I § 91.

27) Entsprechend den einzelnen vorkommenden Fällen als ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung. S. u. §§ 158, 166 Ziff. I.

28) S. dazu oben Bd. I § 77 Ziff. II, § 80 Note 19. Dagegen kann man nicht sagen, daß eine theilweise Unmöglichkeit ohne Weiteres dadurch zu einer vollständigen werde, daß der Gläubiger an dem Empfange des noch möglichen Theiles kein Interesse hat. Dies wirkt nur eigenartig in besonderen Fällen. So z. B. §§ 280 Abs. 2, 325 BGB.

29) S. o. Note 11 i. f.

30) Gesetzliche Schuldverhältnisse mit verbotenem Inhalt kommen nicht vor; es beschränkt sich von selbst entsprechend die Leistungspflicht. Z. B. wenn das Gesetz generell die Wiederherstellung eines früheren Zustands vorschreibt, so versteht sich von selbst, daß diese Wiederherstellung ihre Grenze findet, wo der Zustand aus anderen Gründen rechtlich mißbilligt wird. — Bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen treten die oben Bd. I § 85 vorgetragenen Grundsätze hinzu.

31) Vgl. Schollmeyer § 306 Note 1.

32) S. o. § 138 Ziff. 3. Savigny, Obligationenrecht I S. 302.

akte ab[33]). Vgl. § 469 BGB. Im Uebrigen werden die Art der Leistung selbst oder die Umstände des Falles die Entscheidung an die Hand geben[34]).

4. Eine Leistung ist theilbar oder untheilbar[35]) je nachdem sie sich in mehrere kleinere Leistungen zerlegen läßt, die sich von der ganzen Leistung nur quantitativ, nicht qualitativ unterscheiden. Die Theilbarkeit der Leistung bewirkt regelmäßig die Theilbarkeit des Schuldverhältnisses, in welchem die Leistung zu erfolgen hat. Aus der Theilbarkeit folgt die Möglichkeit theilweiser Erfüllung und theilweisen sonstigen Untergangs des Schuldverhältnisses; endlich die Möglichkeit einer Spaltung des Schuldverhältnisses unter mehrere Berechtigte oder Verpflichtete[36]).

a) Doch werden diese Möglichkeiten bei theilbaren Leistungen keineswegs immer praktisch.

Vor Allem nämlich dann nicht, wenn bei einer Mehrheit der Berechtigten oder Verpflichteten jeder das Ganze schuldet oder zu fordern hat (Gesammtschuld), oder wenn an Alle zusammen zu leisten ist. Diese Fälle sind gegenüber dem älteren Recht erheblich vermehrt[37]). Ferner hat die Möglichkeit theilweiser Erfüllung des Schuldverhältnisses nie den Sinn, daß damit auch der Schuldner zu Theilleistungen berechtigt sei. Vielmehr kann auch bei theilbaren Schuldverhältnissen der Gläubiger vollständige Erfüllung verlangen[38]), geräth z. B.

---

33) Die Einheit des Preises ist dafür keineswegs immer entscheidend. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 268, Bd. 29 S. 106.

34) Die Frage hat große praktische Konsequenzen, besonders für den Fall der nicht vollständigen Gesammtleistung oder der Mangelhaftigkeit einzelner Theile. Vgl. z. B. §§ 320 ff., 469 BGB.

35) Vgl. hierzu Gerber, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 2 S. 42 ff.; v. Schey in Grünhut's Ztschr. Bd. 9 S. 392 ff.; Savigny, Obl. I S. 303 ff.; Ubbelohde, Die Lehre v. d. untheilbaren Obligationen (1862); Kleyer, Des obligations divisibles et indivisibles (1873); Rümelin, Die Theilung der Rechte (1883) S. 171 ff.; Scheurl, Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten (1884) S. 68; G. Rümelin, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 28 S. 434; Ubbelohde eod. Bd. 39 S. 134. — Dernburg §§ 46—48; Cosack § 85; Mathiaß § 73 Ziff. I u. IV; Enneccerus I § 150.

36) Vgl. § 420 BGB. u. o. § 139.

37) Der röm. Satz: nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt ist durch die heutige Regelung der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff., 2058 ff.) beseitigt; die gemeinschaftlichen Uebernehmer einer theilbaren Leistung in einem Vertrage unter Lebenden haften nach § 427 BGB. im Zweifel als Gesammtschuldner u. s. w. S. hier §§ 139, 206.

38) Dazu gehört auch, daß der Schuldner die Kosten der Erfüllung trägt. Vgl. §§ 448, 449 BGB. Der Gläubiger hat nur die Kosten seiner eigenen nothwendigen Hülfshandlungen und die weiteren Kosten nach vollständiger Erfüllung des Schuldners zu tragen, insbes. die Kosten der Wegschaffung des Gegenstands von dem Erfüllungsorte. Ueber die Kosten der Quittung s. § 369.

durch Weigerung der Annahme von Theilleistung regelmäßig nicht in Verzug. § 266 BGB.

Immerhin ergeben sich Ausnahmen (in denen also das Moment der Theilbarkeit der Leistung noch von Bedeutung ist). So führt der Erfolg der Aufrechnung (§ 389 BGB.) nicht selten zu einer theilweisen Aufhebung eines Schuldverhältnisses auch gegen den Willen des Gläubigers; auf einen Wechsel müssen Theilzahlungen angenommen werden (Art. 38, 98 WO.); in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse erhält man oft nur einen Theil des Geschuldeten. Unter Zustimmung des Gläubigers kann Theilleistung erfolgen und tilgt alsdann das Schuldverhältniß auch theilweise. Auch durch die Klage auf einen Theil der Schuld und das darauf ergehende Urtheil wird der Schuldner zur Leistung des betreffenden Theils berechtigt und verpflichtet[39]).

Ferner kann bei theilbaren Schuldverhältnissen der Gläubiger auch einen Theil seiner Forderung auf einen Anderen übertragen. Miterben können in gleicher Weise bei der Auseinandersetzung eine Nachlaßforderung entsprechend unter sich vertheilen. Für die Nachlaßschulden haften sie nach der Theilung in Gemäßheit der §§ 2060 ff. sogar kraft Gesetzes nach Antheilen. Ebenso sind nach § 420 in Ermangelung besonderer Bestimmung mehrere Gläubiger oder Schuldner einer theilbaren Leistung kraft Gesetzes im Zweifel zu gleichen Antheilen berechtigt und verpflichtet.

b) Demgemäß entsteht die Frage nach der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit von Leistungen. Die Entscheidungsnorm ist in dem Eingangs Gesagten zu finden (das Gesetz spricht sich über die Theilbarkeit nicht aus). Gibt die Theilleistung dem Gläubiger nicht nach der Sachlage[40]) wirthschaftlich und werthmäßig ein entsprechendes Quantum der ganzen Leistung[41]), so ist die Leistung untheilbar. Danach sind

α. Forderungen auf Geben (s. o.) bald theilbar bald nicht. Die Verpflichtung auf Verschaffung des Eigenthums ist nicht deswegen theilbar, weil das Eigenthumsrecht stets nach Bruchtheilen verschafft werden kann (§§ 1008 ff.)[42]). Es wäre formalistisch, dies ohne Weiteres

39) Ebenso wenn das Schuldverhältniß auf Kündigung steht und nur ein Theil gekündigt wird.

40) Entweder nach Maßgabe der allgemeinen Verkehrsanschauung oder den besonderen Intentionen der Parteien bei Begründung des Schuldverhältnisses (subjektive Untheilbarkeit).

41) Also entweder etwas ganz Anderes oder verhältnißmäßig Werthloseres.

42) Die röm. Anschauungen stimmen nicht mehr in allen Punkten mit den unsrigen überein.

für genügend zu erklären[43]). Nur wenn das Schuldverhältniß solche Bruchtheile in seinen Bereich zieht, sodaß der Gläubiger durch Lieferung derselben nicht etwas qualitativ Anderes erhält, ist das Schuldverhältniß theilbar. Abgesehen davon kommt es darauf an, ob die zu liefernde Sache reell theilbar ist[44]), was regelmäßig auch bei Quantitäten vertretbarer Sachen zutrifft[45]); im Uebrigen ob das zu verschaffende Recht theilbar ist[46]).

β. Forderungen auf ein Thun sind überwiegend, solche auf Unterlassen sogar regelmäßig untheilbar[47]). Anders bei Forderungsrechten auf Handlungen, die nach der Zahl, nach Zeit oder nach Maß berechnet werden; unter Umständen auch bei Forderungen auf zusammengesetzte Leistungen[48]). Eine Unterlassung ist theilbar, soweit auch der entsprechende rechtliche Anspruch getheilt werden kann, oder soweit durch Verletzung der für den Gläubiger mit der Obligation verknüpfte wirthschaftliche Vortheil nur zum entsprechenden Theil nicht eingetreten ist[49]).

III. Bestimmtheit des Gegenstandes*.

§ 146.

Wirklich geleistet werden kann nur etwas Bestimmtes. Es fragt sich aber, ob eine Verpflichtung auch zu einer im Voraus noch nicht

---

43) A. M. mit Unrecht z. B. Enneccerus § 150 II Ziff. 1, Mathiaß § 73 Ziff. IV B, Planck zu § 420. Für uns Dernburg § 47 II Ziff. 1. Ist es nicht absurd, dem Käufer eines Wohnhauses zu imputiren, daß er in dem Miteigenthum des halben Hauses halb soviel habe, wie am Alleineigenthum des ganzen?!

44) Darüber s. o. Bd. I § 59.

45) Vgl. in dieser Beziehung noch heute z. B. l. 2 § 1, 54 pr., 117 Dig. de V. O. 45, 1. — In diesen Fällen kann der herzustellende rechtliche Erfolg möglicherweise an einem realen Theil bewirkt werden, selbst wenn der Erfolg an sich ein untheilbarer ist. Dann ist die Leistung gleichwohl theilbar.

46) Z. B. nicht eine Grunddienstbarkeit. — Dagegen behauptet Planck zu § 420, daß die Herausgabe einer Sache nach § 432 BGB. stets als eine untheilbare Leistung zu betrachten sei. Dieser Paragraph bestimmt aber nichts über die Untheilbarkeit, sondern setzt sie im gegebenen Falle voraus.

47) Denn halbes Thun ist gar kein Thun, wenn es auf den Erfolg ankommt, und halbe Verletzung steht der ganzen gleich. Vgl. l. 2 §§ 1, 5, 6, l. 85 §§ 2, 3 Dig. de V. O. 45, 1.

48) Vgl. l. 54 § 1 Dig. eod.; l. 15 § 1 Dig. de op. lib. 38, 1. Z. B. Frachtleistungen von Quantitäten, das Umpflügen oder Anpflanzen gewisser Strecken Landes u. dgl.

49) Wie z. B. bei blos zeitweiser Verletzung eines (erlaubten) Konkurrenzausschlußvertrages. Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 20 S. 184 ff.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht I S. 386 ff.; Dernburg §§ 45, 85—87; Endemann I § 117; Cosack § 84; Mathiaß § 73 Ziff. III; Enneccerus I § 151.

bestimmten Leistung bestehen kann (also ob bezw. inwieweit auf dieser Grundlage ein Schuldverhältniß möglich ist). Hierüber gilt Folgendes.

I. Vollständige Unbestimmtheit der Leistung steht mit dem Wesen des Schuldverhältnisses in Widerspruch. Dasselbe würde inhaltslos sein. Praktisch kommt eine solche Unbestimmtheit auch nur in Folge ungenauen Ausdrucks bei der Begründung vor. Oder dadurch, daß eine nähere Bestimmung der Leistung bei der Begründung vorbehalten war und nachträglich unterbleibt ꝛc. Ein Schuldverhältniß auf nicht bestimmbare Leistungen ist wirkungslos[1]).

II. Kann die ursprünglich vorhandene Unbestimmtheit aber gehoben werden, so steht ihr anfängliches Vorhandensein der Gültigkeit des Schuldverhältnisses nicht im Wege[2]). Ob die Behebung möglich ist, hängt von den Umständen (insbesondere bei Begründung des Schuldverhältnisses) ab. Der Begründungsakt, der Inhalt des Rechtsgeschäfts, auf welchem die Verbindlichkeit beruht, muß dazu die Mittel an die Hand geben[3]). So kann

1. bei der Begründung des Schuldverhältnisses in's Auge gefaßt sein, daß die Leistung ihre nähere Bestimmung empfangen soll durch äußere Umstände, welche erst abzuwarten oder zu ermitteln sind und Inhalt und Umfang der Leistung in nicht mißzuverstehender Weise (resp. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) bezeichnen[4]). Hierher gehört auch z. B. der Verkauf zu einem künftigen Markt- oder Börsenpreise.

2. Es kann aber bei Begründung des Schuldverhältnisses auch festgesetzt sein, daß eine dritte Person durch ihre Erklärung die erforderliche Bestimmung der Leistung treffen soll[5]). Vgl. §§ 317 ff. GBB.[6]).

---

1) Die Nichtigkeit geht aus dem oben Bd. I § 80 zu Note 15 Gesagten hervor. Unbestimmt das röm. Recht in l. 71 pr. Dig. de leg. I (30). S. aber auch die unten Note 14 cit. Stellen.

2) Hiernach unterscheidet man Schuldverhältnisse auf bestimmte und unbestimmte Leistungen. S. z. B. §§ 592, 688, 794 Ziff. 5 CPO.

3) Dieser Inhalt ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln. S. o. Bd. I § 91.

4) Z. B. es wird „ein Heirathsgut" versprochen. Der nähere Inhalt und Umfang der Leistung bestimmt sich nach den Umständen: den Vermögensverhältnissen des Versprechenden und des Empfängers zur Zeit der Leistung, der sozialen Stellung der künftigen Eheschließenden u. dgl. S. auch l. 69 § 4 Dig. de iure dot. 23, 3; Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 229 ff.

5) Vgl. auch Weismann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 S. 269 ff.; Recke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 137 ff. — Ist über die Person des Dritten keine bindende Bestimmung vorhanden, so ist kein wirksames Schuldverhältniß begründet.

Die Erklärung des Dritten ist Gehülfendienst für die Parteien, also thatsächlicher Natur, nicht Rechtsgeschäft[7]). Daher kann der Dritte seine Erklärung, wenn sie irrig abgegeben, erzwungen oder erschlichen ist, nicht selbst anfechten, sondern es gründet sich darauf nur unter Umständen eine Anfechtung seitens der Parteien. § 318 Abs. 2[8]). Anderseits ist die Erklärung empfangsbedürftig[9]), also erst vollendet, wenn sie den Parteien (nach § 130 BGB.) zugegangen ist. Und zwar genügt Zugang an eine Partei. Damit ist die Erklärung zugleich für den Dritten unwiderruflich und unabänderlich[10]). Regelmäßig ist die Erklärung persönlich abzugeben. Der Dritte kann sich bei seiner Entscheidung also nicht vertreten lassen. Auf seine Entschließung ist der Inhalt des Schuldverhältnisses abgestellt[11]). Dagegen ist die Abstellung selbst in doppelter Art möglich.

a) Es kann bestimmt sein, daß der Dritte seine Entscheidung nach freiem Belieben treffen könne. In diesem Fall kann er nach Willkür entscheiden[12]), und wenn die Entscheidung ganz ausbleibt, unmöglich ist oder verzögert wird, so ist das Schuldverhältniß nach Ziff. I unwirksam[13]).

---

6) Das Gesetz spricht allerdings nur von Verträgen; doch wird eine analoge Ausdehnung z. B. auf einseitige Rechtsgeschäfte keinem Bedenken unterliegen.

7) S. auch oben Bd. I § 73 (da der Dritte durch die Erklärung seine Rechtsverhältnisse nicht selbstthätig bestimmt). A. M. Planck zu § 318, Cosack § 84 IV lit. e.

8) Das Nähere dieser Anfechtung steht unter den gewöhnlichen Grundsätzen. Anfechtungsgegner ist bei Verträgen die andere Partei. Bei analoger Ausdehnung wird man den Anfechtungsgegner nach Maßgabe des § 143 BGB. (s. o. Bd. I § 80 zu Note 25 ff.) bestimmen. Die Anfechtung muß unverzüglich d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) erfolgen. Im Uebrigen lehnt sich die Anfechtung an diejenige des § 124 wegen arglistiger Täuschung und Bedrohung (s. o. § 95 Ziff. 2) an. — Die angefochtene Entscheidung des Dritten kann von diesem nicht nachgeholt werden, sondern ist wie eine ausgebliebene (s. u.) zu behandeln. So mit Recht auch Dernburg a. a. O. III Ziff. 3 (gegen Planck).

9) S. o. Bd. I § 88.

10) S. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 247 und die besondere Bestimmung des I. und II. Entwurfs, die als selbstverständlich gestrichen wurde. Folglich kann z. B. der Dritte die einer Partei gegenüber abgegebene Erklärung nicht durch eine nachträgliche an beide Parteien korrigiren.

11) Die Römer reden hier geradezu von arbitratus. Vgl. l. 76, 78 Dig. pro socio 17, 2. Das Verhältniß ist aber von der Streiterledigung durch Schiedsrichter (Bd. I § 131) wohl zu unterscheiden. Denn hier besteht kein Streit. — Der Dritte kann sich den Parteien gegenüber besonders zur Abgabe der Entscheidung verpflichten. Regelmäßig ist er nicht verpflichtet.

12) Also ohne Rücksicht auf Billigkeit. Ein etwaiger dolus des Dritten kommt nach dem Recht der unerlaubten Handlungen §§ 823 ff., insbes. 826 BGB. in Betracht; nicht aber kann die Entscheidung unter den Parteien nach Art von lit. b unten als unbillig gerügt werden. A. M. Cosack § 84 IV lit. e am Ende.

13) Z. B. der Kaufgegenstand wird von der freien Wahl eines Dritten, vor Allem desjenigen abhängig gemacht, dem der Käufer den Gegen-

§ 319 Abs. 2. Ebenso wenn die Entscheidung Mehreren übertragen ist und diese sich nicht einigen können. — Die Entscheidung des Dritten wird also in diesem Falle geradezu wie eine Bedingung der Gültigkeit des Schuldverhältnisses angesehen [14]).

b) Im Zweifel soll der Dritte jedoch seine Entscheidung nicht nach freiem Belieben, sondern nach billigem Ermessen abgeben. § 317 Abs. 1. Hier ist das Schuldverhältniß nicht bedingt; vielmehr ist sowohl eine offenbar [15]) unbillige, wie auch die ganz ausbleibende Entscheidung des Dritten der richterlichen Korrektur oder Ergänzung fähig, und daher kein Hinderniß für die Gültigkeit des Schuldverhältnisses. § 319 Abs. 1 [16]). Auf Korrektur oder Ergänzung des Inhalts kann in diesem Falle also von den Parteien des Schuldverhältnisses geklagt werden: und zwar seitens des Gläubigers einfach auf die nach richterlichem Ermessen (in billiger Weise) zu bestimmende Leistung; von Seiten des Schuldners auf Feststellung des Umfangs seiner Leistungspflicht, ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage [17]). Dagegen hat der Kläger die Unbilligkeit [18]) oder das Ausbleiben der Entscheidung des Dritten nachzuweisen. Auch hier kann die Entscheidung auf das Gutachten mehrerer Personen abgestellt sein, die sich alsdann über ihren Ausspruch einigen müssen. In Ermangelung dessen kommt kein Arbitrium zu Stande [19]). Nur wenn eine zu leistende Summe durch das Gutachten festgesetzt werden soll, wird zwischen den verschiedenen Schätzungen vermittelt, und soll also die Durchschnittssumme entscheidend sein. § 317 Abs. 2 [20]).

---

stand zu schenken beabsichtigt. Der Dritte kann frei, und möglicherweise auch gar nichts wählen, weil ihm keiner der Gegenstände gefällt. — Wann die Unwirksamkeit des Schuldverhältnisses wegen Verzögerung der Entscheidung eintritt, ist Thatfrage (je nachdem man annehmen kann, daß die Entscheidung ausgeblieben sei). Auf Verschulden kommt es nicht an.

14) Wie schon nach l. 15 Cod. de contr. emt. 4, 38. Prot. Bd. 1 S. 469.

15) Offenbar ist „zweifellos ersichtlich"; nicht nothwendig „auf den ersten Blick" ersichtlich. Vgl. auch §§ 660, 2048, 2155 Abs. 3.

16) Auch diesen Fall kannte das röm. Recht und sprach hier von dem erforderten arbitrium boni viri. Vgl. l. 7 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 75—79 Dig. pro socio 17, 2. Der Begriff des Ausbleibens bei Verzögerung ist hier wie in Note 13 zu bestimmen.

17) S. o. Bd. I § 133. Denn § 319 BGB. gibt hier jeder Partei ein Recht auf alsbaldige Bestimmung der Leistung durch Urtheil. S. auch Oertmann zu § 319 u. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 131.

18) Für die Frage der Billigkeit kommen die Umstände, die Ueblichkeit, die Verkehrssitte ꝛc. in Betracht.

19) Also es entscheidet nicht etwa die Majorität. S. Prot. I S. 470.

20) Zu einer richterlichen Bestimmung der Summe kommt es also in diesem Falle nicht. Die Bestimmung gilt nur für Entscheidungen, welche nach billigem

3. Schließlich kann die nähere Bestimmung des Inhalts des Schuldverhältnisses auch einer Partei, also dem Gläubiger oder dem Schuldner überlassen sein. Auch hier erfolgt die Bestimmung durch eine von dem Bestimmungsberechtigten abzugebende Erklärung, und zwar gegenüber dem anderen Theile. Vgl. § 315 bes. Abs. 2[21]). Selbstverständlich ist die Erklärung auch hier nach Zugang an den Gegner unwiderruflich; wohl aber nach allgemeinen Grundsätzen z. B. wegen Irrthums, Betrugs und Zwangs anfechtbar[22]). — Ueber die Person des Bestimmungsberechtigten wird keine allgemeine Regel aufgestellt[23]). Nur bei Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen verfügt § 316, daß die Bestimmung des Umfangs[24]) der für eine Leistung zu bewirkenden Gegenleistung im Zweifel durch den Gläubiger derselben zu erfolgen hat.

Die bestimmungsberechtigte Partei hat die Entscheidung entweder nach freiem Belieben oder nach billigem Ermessen zu treffen. Noch mehr als im vorhergehenden Fall ist hier im Zweifel das letztere anzunehmen (§ 315 Abs. 1); doch ist auch die erstere Möglichkeit nach Lage der Umstände nicht ausgeschlossen[25]).

a) Soll die Bestimmung nach freiem Belieben erfolgen, so ist

Ermessen zu treffen sind. S. auch Oertmann § 317 i. f., Dernburg § 87 III Ziff. 4, während Cosack § 84 Ziff. V die Bestimmung generalisirt.

21) Auch hier bezieht sich die gesetzliche Regelung unmittelbar nur auf Verträge, was aber eine analoge Ausdehnung nicht ausschließt. — Wegen der Empfangsbedürftigkeit s. o. Bd. I § 88. Ob der Gegner die Erklärung zurückweist, ist danach regelmäßig unerheblich.

22) S. o. Bd. I §§ 94—95. Es handelt sich in diesem Fall um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung bezw. Erklärung zur Kenntnißnahme. Vgl. dazu noch Bd. I § 72 i. f. bes. Note 5. — Einer besonderen Form — neben der Empfangsbedürftigkeit — bedarf die Erklärung auch hier nicht. Z. B. liegt sie für den Gläubiger vollkommen ausreichend in der Erhebung der Klage auf die näher bestimmte Leistung.

23) Aus dem Wesen des Schuldverhältnisses folgt nur, daß die Unbestimmtheit der Leistung in erster Linie dem Schuldner zu Gute kommt, da das vinculum obligationis nicht straffer angezogen ist. S. schon l. 99 pr., l. 106 Dig. de V. O. 45, 1. Dagegen stellt Cosack § 84 III Ziff. 2a die Sache so dar, als ob diese aus der Natur der Sache folgende Regel für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gelte. Die gleich folgende Regel des Textes alterirt den allgemeinen Grundsatz nicht. — Kann der Schuldner sich nach Lage der Sache jeder Leistungspflicht entziehen, so geht der Fall in den bei Ziff. I besprochenen über.

24) Nicht der Leistungspflicht an sich. Vielmehr muß die Leistung selbst bestimmt sein. — Z. B. der Arzt bestimmt die Höhe des Honorars für seine Bemühungen soweit die Medizinaltaxe ihm Spielraum gibt und keine bestimmte andere Vereinbarung üblich ist (vgl. §§ 612 Abs. 2, 632 BGB.) mit bindender Kraft für beide Theile. (Die letztcitirten Paragraphen sind nicht etwa eine Ausnahme, sondern einfache Anwendung des in der vor. Note besprochenen Grundprinzips.)

25) Es muß nur ein besonderer Anhaltspunkt dafür vorhanden sein.

die Grenze der Zulässigkeit dieselbe wie bei den Potestativbedingungen[26]). Denn die Bestimmung nach freiem Belieben involvirt eine Bedingung[27]) des Schuldverhältnisses. Danach ist das Bestimmungsrecht für beide Parteien kein schrankenloses. Es wäre nicht statthaft, wenn die Klausel dem Gläubiger das Mittel böte, durch ungeheure Steigerung seines Anspruchs den Schuldner zu erdrücken[28]), — dem Schuldner, sich jeder Verpflichtung zu entziehen[29]). Vielmehr darf sich das freie Ermessen der bestimmungsberechtigten Partei naturgemäß nur in gewissen Schranken halten, welche sich objektiv aus den Umständen, insbesondere dem individuellen Bedürfniß der Partei ꝛc. ergeben[29]). — Bleibt die Bestimmung ganz aus oder wird sie (was dem gleichsteht) über Gebühr verzögert, so läßt sich im Allgemeinen nur sagen, daß auch hier das Schuldverhältniß wegen Vereitelung der Bedingung unwirksam wird[30]). Es gibt indessen Fälle, in denen die vorbehaltene Bestimmung der Leistung durch eine Partei sich nicht blos in condicione, sondern in obligatione befindet, sodaß also die bestimmungsberechtigte Partei sich auch der anderen gegenüber zur Ergänzung des Vorbehalts verpflichtet hat. Dies kann insbesondere bei Verträgen vorkommen. In diesem Falle kann die andere Partei auf Vollzug der Bestimmung klagen und eventuell nach Maßgabe der §§ 887, 888 CPO. ihren Anspruch zur Vollstreckung bringen, wobei das Bestimmungsrecht erforderlichenfalls auf den Vollstreckenden übergeht[31]). Besonderer Fall eines derartigen vertraglichen Vorbehalts ist der Kauf mit Spezifikation[32]), d. i. Kauf eines Waarenquantums, bei dem der Käufer sich die Bestimmung der Form und Größenverhältnisse der zu liefernden Waare vorbehält[33]). Kommt der Käufer mit dieser Bestimmung in Verzug, so kann er nach

26) S. o. Bd. I § 97 zu Note 8—10.
27) Wie oben bei Note 14.
28) S. auch § 138 BGB.
29) Vgl. Schollmeyer zu § 315 Note 3.
30) Vgl. o. Note 13. — Bei Verzögerung ist es (wie dort) Thatfrage, ob die Bedingung als ausgefallen anzusehen ist.
31) So sind die bei Planck § 315 Note 5, und Oertmann § 315 Note 4b bestehenden Differenzen auszugleichen.
32) Vgl. darüber Oertmann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 205 Cit.; Marcus, Bl. f. Rechtspflege 1897 S. 44.; Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 185 ff.; Romeick, Zur Technik des BGB. 1. Heft: Fristbestimmung (1901) S. 5. Der Kauf mit Spezifikation ist an sich Gattungskauf (s. u. § 147). Die Spezifikationsklausel ist aber eine besondere hierher gehörige Bestimmung.
33) In Folge dessen wird der Preis meist abgestuft: es wird ein Grundpreis verabredet und dazu ein Ueberpreis nach Maßgabe der gewählten Formen und Größen.

Wahl des Verkäufers dazu gezwungen werden[34]). Daneben geht das Bestimmungsrecht der Leistung auf den Verkäufer über: nur muß er die getroffene Wahl, mit Fristbestimmung für anderweitige Festsetzung, dem Käufer mittheilen (nach fruchtlosem Ablauf der Frist bleibt die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend). § 375 HGB.[35]). — Ein mehr oder weniger ausgedehntes Wahlrecht einer Partei besteht auch bei den sog. Gattungs- und Wahlschulden. S. darüber unten §§ 147, 153.

b) Hat die Entscheidung nach billigem Ermessen zu erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für die andere Partei nur dann verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Eine unbillige oder ganz ausbleibende[36]) Entscheidung unterliegt der richterlichen Korrektur oder Ergänzung[37]). § 315 Abs. 3. Das Korrektur- oder Ergänzungsbegehren kann mit der Klage auf die Leistung verbunden resp. vom Beklagten vertheidigungsweise eingewendet werden. Eventuell kann der Beklagte Korrektur selbständig mittelst Feststellungsklage beantragen[38]). Im Falle der Bemängelung der getroffenen Bestimmung hat der Bestimmungsberechtigte die Billigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung zu beweisen[39]).

---

34) An sich ist die Vornahme der Spezifikation nur eine Hülfshandlung des Gläubigers, zu deren Vornahme aber das Gesetz den Käufer wie zur Annahme des Kaufobjekts verpflichtet. § 433 Abs. 2 BGB., § 375 Abs. 1 HGB. Denn sonst könnte Käufer sich durch Unterlassen der Spezifikation von der Annahme befreien. S. auch u. § 163 Note 10 u. Cit. Daraus rechtfertigt sich die Verurtheilung. — Daneben hat der Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB.: also auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt vom Vertrage (s. u. § 215 Note 35 ff.), und schließlich (zur Erleichterung) noch das weitere Recht des Textes.

35) Diese für den Spezifikationskauf gegebene Sonderregel ist selbstverständlich nicht zu verallgemeinern. Der Uebergang des Bestimmungsrechts auf den Verkäufer rechtfertigt sich aus praktischen Gründen. Die Erzwingung der Spezifikation ist nicht empfehlenswerth. — Ueber die Fristbestimmung s. die ausführlichen Bemerkungen u. § 151 Note 8 ff., die hier analogisch zu verwerthen sind.

36) Bei Verzögerung ist Thatfrage, ob die Entscheidung als ausgeblieben anzusehen ist. S. o. Note 30. Verschulden des Bestimmungsberechtigten kommt auch hier nicht in Betracht.

37) Also wie oben im Falle 2b. Nur auf den Fall „offenbarer" Unbilligkeit ist die Korrektur hier nicht beschränkt.

38) Es gilt das oben Note 17 Gesagte. S. auch Dernburg § 86 Ziff. V.

39) Vgl. Bd. I § 127 Ziff. I zu Note 13, II zu Note 22 ff. und die Wortfassung des § 315 Abs. 3 BGB. Ebenso Dernburg § 86 Ziff. IV; Oertmann § 315 Note 8. Die Frage der Billigkeit selbst ist wie in Note 18 zu entscheiden.

IV. Verschiedenheiten des Leistungsgegenstandes.

§ 147.

A. Gattungsschuld*.

Hierunter verstehen wir ein Schuldverhältniß, bei welchem die Leistung nicht individuell, sondern blos nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist [1]). Auch hier ist der Leistungsinhalt beschränkt unbestimmt. Durch Anhäufung der Merkmale kann er bald enger bald weiter begrenzt sein [2]); doch dürfen die Merkmale, wenn eine richtige Gattungsschuld vorliegen soll, nur solche sein, welche aus der Natur der Gattung entnommen sind oder die letztere maßgebend bestimmen [3]). Somit gehört nicht hierher das Versprechen einer Quantität von Sachen aus einem bestimmten Vorrath. Denn letzterer ist regelmäßig keine Gattung [4]). Das Gesetz scheidet auch die Verbindlichkeit auf ein nur der Art nach bezeichnetes Thun [5]) von der in § 243 gegebenen Regelung aus. Doch wird diese Bestimmung immerhin soweit möglich [6]) auch auf die genannten Verbindlichkeiten entsprechend anwendbar sein [7]). — Hauptfall des praktischen Interesses

---

*) Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 366; Goldschmidt, Handelsr. § 61; Berndorff, Die Gattungsschuld (1900); Haver, Desgl. (1900); Dernburg §§ 11, 12; Endemann I § 119; Cosack § 84; Mathiaß I § 74 Ziff. II; Enneccerus § 152.

1) Z. B. ein Reitpferd, 20 Säcke Korn oder Waizen.

2) Z. B. ein Centner grobkörnigen Roggens, ein Pferd von mittlerem Gewicht. Eine trächtige, eine frischmelkende Kuh.

3) Z. B. ein Centner russischen Getreides; Kohlen einer bestimmten Zeche, wenn sie im Verkehr eine besondere Gattung ausmachen.

4) Anders im Fall der vorigen Note. Dagegen ist der Inhalt eines Lagerhauses, Kellers, eines bestimmten Schiffes u. dgl. keine Gattung. S. auch Dernburg a. a. O. Ziff. II, u. die meisten Komm. zu § 243. Jedenfalls paßt dessen erster Absatz, wonach die zu leistenden Sachen nur der Gattung nach bezeichnet sind und danach eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern ist, nicht auf die letztgenannten Fälle. Im Uebrigen s. u. Note 7.

5) Vgl. z. B. l. 54 § 1 Dig. de V. O. 45, 1; Besorgung eines Kutschers, der Kavallerist war und mit Pferden umzugehen versteht, u. dgl. S. Berndorff S. 7.

6) S. z. B. Note 4 am Ende.

7) Besondere Schwierigkeit macht der Fall, wo gattungsmäßig bezeichnete Sachen aus einem bestimmten Vorrath, der nicht selbst Gattung ist, zu liefern sind. § 243 BGB., jedenfalls Abs. 1, ist hier nicht anwendbar. Daraus folgt aber nicht nothwendig, daß keine Gattungsschuld vorliegt. Es fragt sich eben, wie weit man diesen Begriff faßt. Im Anschluß an Windscheid, Pand. § 255 Note 17, Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 390 ff. u. A. reden die Motive II S. 11 sogar ausdrücklich von der Möglichkeit „gemischt generischer Verbindlichkeiten" neben § 243: d. i. solcher, wobei ein Merkmal (Vorrath) nicht mehr aus der Natur der betreffenden Art entnommen ist. Man wird die Möglichkeit einer derartigen Gattungsschuld zulassen müssen, wenn man

ist die Verpflichtung zur Leistung von gattungsmäßig bestimmten Sachen. Diese brauchen nicht vertretbare Sachen zu sein[8]); überwiegend aber sind es in der That Quantitäten vertretbarer Sachen[9]). Gattungsschulden entspringen aus den hauptsächlichsten und wichtigsten Verkehrsgeschäften.

1. Die Gattungsschuld ist nicht, wie man behauptet hat[10]), eine bedingte. Denn die Verpflichtung zur Leistung besteht sofort: es ist nur einstweilen ungewiß was geleistet werden soll; und zwar so, daß die Individualität des zu leistenden Gegenstandes noch nicht feststeht. Alle Gegenstände, welche der geschuldeten Gattung angehören, können geleistet werden; aber kein einziger Gegenstand aus dieser Gattung ist individuell geschuldet (in obligatione). Erst die Leistung selbst macht ihn regelmäßig dazu. Durch diese Leistung beschränkt sich also das Schuldverhältniß auf den geleisteten Gegenstand, sofern dieser nur den Gattungsmerkmalen entspricht und (§ 243 BGB.) von mittlerer Art und Güte ist[11]). Der Schuldner darf also nach dieser Vorschrift, soweit der Gattungsbegriff ihm Raum läßt, nicht gerade

---

die praktische Konsequenz will, daß sich zunächst kein einziges Individuum aus dem betr. Vorrath in obligatione befinde, — daß der Gläubiger aus diesem Grunde nicht die Gefahr irgend eines einzelnen Individuums trägt, — daß das Schuldverhältniß sich später gültig selbst auf einen solchen den Gattungsmerkmalen entsprechenden Leistungsgegenstand konzentriren kann, der zeitweilig aus dem Vorrath herausgetreten ist oder bei Begründung des Schuldverhältnisses nicht dazu gehörte, — daß (in Ermangelung besonderer Bestimmung) keine Konzentration des Schuldverhältnisses auf einen Gegenstand durch Wahlerklärung zulässig ist (wegen der Gefahrtragung wichtig). S. u. zu Note 26 ff. Für die Möglichkeit einer solchen Rechtsgestaltung besteht Bedürfniß. — Immerhin ist es im Einzelnen Thatfrage, ob Gattungs- oder Wahlschuld (s. u. § 153) oder Speziesschuld mit beschränkter Unbestimmtheit des Leistungsgegenstands (im Sinn des vor. Paragraphen) vorliegt. Hierfür ist der Wortlaut der Verpflichtung (z. B. „eine meiner Sachen“ oder „meine Sache A oder B“) natürlich nicht entscheidend. S. auch § 133 BGB. In diversem Sinne Planck Note 2, Dernburg § 11 Ziff. II, Berndorff S. 13 ff., Haver S. 23 ff., 44.

8) S. o. Bd. I § 62 Ziff. I. S. schon l. 2 § 1, l. 54 pr., 117 Dig. de V. O. 45, 1.

9) Individuen sind häufiger Gegenstand der Speziesschuld, Fungibilien häufig ein solcher der Genusschuld. — Künftige Sachen als solche sind kein Gegenstand der Gattungsschuld (das künftige Individuum ist geschuldet). — Hat eine Partei oder ein Dritter die zu leistende Sache zu bestimmen, so liegt eine andere Art der Unbestimmtheit (entweder des vorigen Paragraphen oder Wahlschuld) — nicht Gattungsschuld vor.

10) Mommsen, Beiträge I S. 337, 341; Thöl, Handelsr. §§ 73 Note 7, 75 Note 3, 4. Die Streitfrage kann heutzutage als erledigt gelten. Näheres bei Berndorff S. 23 ff.

11) Man redet auch wohl von Konzentration des Schuldverhältnisses auf diesen Gegenstand. Wir ziehen den deutschen Ausdruck vor. — In dieser Weise kann sich das Verhältniß selbst auf einen Gegenstand beschränken, der zur Zeit seiner Begründung dem Gläubiger selbst gehörte.

das Schlechteste leisten [12]), der Gläubiger darf nicht das Beste fordern. Die geeignete Mitte gilt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als Schuldgegenstand [13]) Nur bei Gattungsvermächtnissen soll in erster Linie [14]) eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache vermacht sein. § 2155.

2. Eine den obigen Grundsätzen entsprechende und im Uebrigen vollständige und fehlerlose Leistung führt natürlich im Augenblick, da sie erfolgt, zugleich zur Aufhebung des Schuldverhältnisses [15]). Beschränkung und Aufhebung gehen also hier Hand in Hand [16]). Entspricht die Leistung den aufgestellten Merkmalen nicht, so ist sie eine andere als die geschuldete, und daher ungeeignet, eine Konzentration des Schuldverhältnisses herbeizuführen. Vielmehr kann der Gläubiger neue Leistung verlangen, welche den Merkmalen entspricht [17]). Ist die Leistung ein der geschuldeten Gattung entsprechendes Mittelgut, aber im Uebrigen fehlerhaft, so ist für den Gläubiger ein doppelter Standpunkt möglich. Einmal daß die Leistung keine Erfüllung sei [18]) — sodaß er wiederum neue gattungsmäßige und mangelfreie Leistung verlangen kann. Auf der anderen Seite kann sich der Gläubiger aber hier auch auf den Standpunkt des Schuldners stellen, d. h. das gattungsmäßige Mittelgut als eine das Schuldverhältniß auf den geleisteten Gegenstand konzentrirende Leistung annehmen und sich hinsichtlich der

---

12) So gestattete es das röm. Recht in Ueberspannung des Prinzips, daß jede Unbestimmtheit dem Schuldner zu Gute komme (vgl. l. 52 Dig. mandati 17, 1, l. 72 § 5 Dig. de sol. et lib. 46, 3). Anders die modernen Rechte; jedoch mit Schwankungen, ob mittlere Art und Güte, oder nicht gerade nicht das Schlechteste rc. zu leisten sei (s. Preuß. A.LR. I Tit. 5 § 275; Code Nap. Art. 1246; Sächs. GB. § 696; Art. 335 des alten HGB.).

13) Gerade diese ist also geschuldet und im Nothfall durch sachverständiges Gutachten zu ermitteln. Ebenso verlangt § 330 HGB. Handelsgut mittlerer Art und Güte. Im Zweifel ist auf die Verkehrsanschauung am Erfüllungsort zu sehen. Dernburg § 11 Ziff. IV. Aus dem Gesagten folgt, daß auch der Gläubiger, sofern er ein Interesse daran hat (§ 226), nicht etwas Besseres als Mittelgut anzunehmen braucht.

14) Führt dieser Gesichtspunkt zu keinem Resultat, so bleibt es bei den Grundsätzen der vor. Note.

15) Durch Erfüllung. S. u. § 182.

16) Mit Unrecht bestreitet Mathiaß (II lit. D) hier das Moment der Konzentration. Ob die Leistung zur völligen Aufhebung des Schuldverhältnisses führen wird, weiß man zur Zeit, da sie erfolgt, regelmäßig noch nicht. Der Begriff ist auch hier nicht zu entbehren.

17) Eventuell bei gegenseitigen Verträgen auch mittelst Verweigerung der Gegenleistung (Einrede des nicht erfüllten Vertrags) §§ 320 ff. — Nach allgemeinen Grundsätzen (z. B. wegen Verzugs) kann unter Umständen auch Schadensersatz verlangt werden.

18) Da nach dem Obigen nur gattungsmäßige fehlerlose Leistung geschuldet wird.

Mängelrüge auf die Rechte beschränken, die er haben würde wenn nur dieser Gegenstand individuell geschuldet wäre. Vgl. §§ 480, 493 BGB.[19]).

Die Unterscheidung zwischen Mängeln, welche die gelieferte Sache zu einer anderen machen[20]) und solchen, welche lediglich die Eigenschaften insbesondere die Güte der Waare betreffen (sog. Qualitätsmängel), ist im Einzelnen oft sehr schwierig. Die Bestimmung der Gattung hat nach der Verkehrsauffassung zu erfolgen; so jedoch, daß die Bestimmung sich nicht mit dem natürlichen Gattungsbegriff in Widerspruch versetzen, sondern lediglich zur Einschränkung seiner Grenzen führen darf[21]). Quantitätsmängel können Qualitätsmängel sein, z. B. wenn eine bestimmte Länge oder Breite des Stoffs, sein Gewicht oder die Zahl der Bestandtheile Bestimmungsmittel für die Qualität ist[22]). Im Uebrigen ist Theilleistung nicht geeignet die Konzentration herbeizuführen, sofern der Gläubiger die Theilleistung nicht als solche angenommen hat[23]). Dagegen kommt die Lieferung eines größeren als des geschuldeten Quantums[24]) überhaupt nicht als Mangel in Betracht, wenn das Gelieferte theilbar ist und dem Gläubiger die Theilung zu-

---

19) Diese Bestimmung ist die gesetzliche Lösung einer alten Streitfrage, die richtig zwar schon früher in derselben Weise zu entscheiden war (vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 399, Bd. 6 S. 269, Bd. 7 S. 113, Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 98 ff., Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 189, Bd. 12 S. 84). Dagegen wollte Windscheid, Pand. § 394 Note 20 den Gläubiger auf das Recht, anderweitige Leistung zu verlangen, beschränken; — Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 5 S. 401 ff., Hanauseck (Haftung des Käufers für Beschaffenheit der Waare) u. A. beschränkten ihn umgekehrt auf die sog. ädilizischen Ansprüche. — Uebrigens ist zuzusehen, ob der Gläubiger nicht durch vorbehaltlose Annahme (Billigung, Verbrauch, Abhandenkommenlassen der Waare u. dgl.) das Rügerecht überhaupt verloren hat. Vgl. z. B. § 464 BGB. und unten das Recht der Gewährsmängelhaftung.

20) Also keinesfalls eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den geleisteten Gegenstand herbeiführen.

21) Gattungsmängel sind z. B. die Echtheit der Substanz (Entsch. d. ROHG. Bd 14 S. 367, Bd. 19 S. 402), die Lieferung von Sommerfrucht statt Winterfrucht (eod. Bd. 24 S. 404, vgl. Bd. 19 S. 403). Dagegen sind bloße Qualitätsmängel: Rissigkeit (eod. Bd. 7 S. 114), Feuchtigkeit des Stoffs wenn er trocken, und Trockenheit wenn er feucht sein soll (Bd. 11 S. 284). Insbesondere über Eisen oder Stahl s. Busch, Archiv f. Handelsr. Bd. 15 S. 187. Gelieferte Cigarren sind von der richtigen Sorte, aber ein Theil hat am Deckblatt gelitten u. dgl.

22) Vgl. hierzu Entsch. d. ROHG. Bd. 2 S. 60, Bd. 4 S. 134, Bd. 11 S. 284, Bd. 15 S. 302, 411 ꝛc.

23) Wozu er nach § 266 BGB. nicht verpflichtet ist. — Ist die Theilleistung nicht als solche angenommen, so kann gegebenenfalls neue Leistung verlangt werden, welche dem Schuldverhältniß entspricht. Behauptet der Schuldner, daß die gelieferte Quantität die geschuldete gewesen sei, so trifft den Gläubiger nach § 363 BGB. die Beweislast.

24) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 18 S. 242.

gemuthet werden kann. Andernfalls kann er nicht genöthigt werden, das Gelieferte zu behalten; es sei denn, daß er darein gewilligt hat oder daß die Lieferung des größeren Quantums ihn nicht benachtheiligt[25]).

3. Aber auch schon vor der wirklichen Leistung kann unter Umständen das Schuldverhältniß sich auf einen bestimmten Gegenstand beschränken. Freilich nicht durch bloße Wahlerklärung des Schuldners[26]), falls nicht dem Schuldner die Wahlbefugniß besonders eingeräumt worden ist[27]). Denn bei der Gattungsschuld stehen sämmtliche Gegenstände, welche der Gattung entsprechen, zur Auswahl des Schuldners. Je größer der Kreis ist, aus dem er leisten muß, um so weniger leicht ist zuzugeben, daß er dem Gläubiger durch ein Wort[28]) die ganze Gefahr zuschiebt[29]). Die einseitige Wahlerklärung ist also regelmäßig unverbindlich, sowohl für den Erklärenden selbst als dessen Gegner[30]). Vollwirksam dagegen ist nach allgemeinen Grundsätzen die Vereinbarung der Parteien über einen bestimmten Leistungsgegenstand. Es wird hier einfach durch Vertrag die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt.

Besondere Betrachtung erfordert der Fall, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand zu leisten beginnt. Hier fragt sich, wann die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf diesen Gegenstand eingetreten ist. Bis zum vollständigen Vollzug der Leistung zu warten, geht nicht an. Die Gefahr darf nicht bis zum Schluß auf den Schuldner lasten[31]). Die Leistung beginnt nun damit,

---

25) Z. B. weil keine höhere Gegenleistung von ihm verlangt wird und das größere Quantum nach Lage der Sache als Erfüllung genügt.

26) Wie bei der Wahlschuld. S. u. § 153.

27) In diesem Falle gelten für die Ausübung der Wahl mangels besonderer Bestimmung analogisch die Regeln der Wahlschuldverhältnisse (§§ 263 ff. BGB.).

28) Durch Wahlerklärung, welche das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung beschränken würde.

29) In diesem Sinne sagt man, daß bei der Gattungsschuld (im Gegensatz zur Speziesschuld) der Schuldner die Gefahr trage, d. h. er trägt die Gefahr nochmals leisten zu müssen, wenn die erste Leistung untergeht. Es handelt sich um eine schuldrechtliche, nicht um eine sachenrechtliche Gefahr (also nicht um den Satz: res perit domino). Man sagt: Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur. Ueber die Folgen dieses Satzes s. noch unten Note 33 ff.

30) Der Schuldner kann nachträglich eine andere Sache zur Leistung auswählen; der Gläubiger kann, wie bei der Gattungsschuld überhaupt, nur auf eine Sache klagen, welche den Gattungsmerkmalen entspricht. Also nicht auf eine bestimmte Sache (es sei denn, daß darin der Accept einer Wahlofferte des Schuldners läge: s. u.).

31) Nach Maßgabe der Note 29. Dies ist das Korrelat der dort im Text zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Bestimmung.

daß der Schuldner ein bestimmtes geeignetes Individuum aus der Gattung ausscheidet[32]), um es dem Gläubiger zu überliefern. Wenn dieses Individuum auf dem Wege vom Schuldner zum Gläubiger zufällig zu Grunde geht oder verschlechtert wird, wen trifft hier der Schaden? Dies ist die praktische Frage. Ihre Beantwortung hängt nach dem Obigen davon ab, wann sich das Schuldverhältniß auf den betreffenden Gegenstand beschränkt. Nach diesem Zeitpunkt ist im Wesentlichen so zu entscheiden, wie wenn das Schuldverhältniß nur auf diese Sache ginge[33]); vor jenem Zeitpunkt ist der Untergang oder die Verschlechterung des Gegenstandes regelmäßig für den Gläubiger gleichgültig. Denn da kein bestimmtes Individuum geschuldet war, ist dem Gläubiger ein anderes zu leisten, wenn das erste zu Grunde geht oder über Gebühr verschlechtert wird. Das geschuldete Genus ist immer vorhanden. Nur in selteneren Fällen kann es vorkommen, daß schließlich die ganze Gattung untergeht oder verschlechtert wird, z. B. wenn Aktien oder gewisse seltene Thiere oder bestimmte Erzeugnisse geschuldet sind und diese wegen Auflösung der Aktiengesellschaft, Aussterben der Thierart oder Aufhören der Produktion jener Erzeugnisse nicht mehr geliefert werden können. Hier steht das Eingehen der Gattung dem Untergang des Individuums bei Speziesschulden gleich[34]). In anderen Fällen aber trifft bei der Gattungsschuld der Untergang 2c. einzelner Individuen stets den Schuldner[35]).

Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Leistung involvirt also immer den Gefahrübergang auf den Gläubiger[36]), und aus diesem Gesichtspunkt ist denn auch die Frage der Konzentration selbst zu beantworten. Daher beschränkt jedenfalls der Annahmeverzug des Gläubigers[37]) das Schuldverhältniß auf den ordnungs-

32) Daß die Ausscheidung allein regelmäßig noch keine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den ausgeschiedenen Gegenstand herbeiführt, versteht sich nach dem bei Note 26—27 Gesagten von selbst. Die sog. Ausscheidungs- oder Individualisirungstheorie (Thöl) ist überwunden.

33) Also wie bei Speziesschulden. S. u. §§ 157 ff., 170 ff. Jedoch tritt diese Vereinfachung des Schuldverhältnisses nicht zum Nachtheil des Schuldners ein. Vgl. Prot. Bd. 1 S. 287, Dernburg § 12 Note 6.

34) Mit dieser Beschränkung ist also der Satz: genus non perit überhaupt zu verstehen. — Ist aus einem bestimmten Vorrath zu leisten (s. o. N. 7), so schränkt sich der Satz noch mehr ein, und ist der Schuldner befreit, wenn der Vorrath (aus einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Grunde) erschöpft ist. Ueber den Fall theilweisen Untergangs des Vorraths s. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 392 ff.

35) S. o. Note 29.

36) Weil eben (die nunmehr allein geschuldete) species perit ei cui debetur.

37) S. u. §§ 163 ff.

mäßig angebotenen Gegenstand[38]); ja zur Konzentration genügt es, wenn der Schuldner das zur Leistung eines bestimmten geeigneten Gegenstands von seiner Seite Erforderliche gethan hat[39]). § 243 Abs. 2 BGB. Die bloße Ausscheidung des Individuums aus der Gattung zum Zwecke der Lieferung und Mittheilung dieses Aktes an den Gläubiger[40]) genügt dazu nur in dem Falle, da dem Schuldner eine weitere Lieferungsthätigkeit nicht obliegt: also wenn die zu liefernde Sache sich am Leistungsort (§ 269) befindet und vom Gläubiger abzuholen ist[41]). Ist die Sache dem Gläubiger zu übersenden[42]), wie z. B. beim sog. Distanzkauf, so tritt die Beschränkung auf die zu liefernde Sache dann ein, wenn letztere zum Zwecke der Versendung der damit betrauten Person oder Transportanstalt ausgeantwortet worden ist (arg. § 447 Abs. 1). Ist der Leistungsort, wie in zahlreichen Verkehrsverhältnissen, beim Gläubiger, d. h. ist ihm die Sache zu bringen[43]), so konzentrirt sich das Schuldverhältniß erst bei der Ablieferung.

4. Die Wirkung der Konzentration ist die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die betreffende einzelne Leistung. Dies wird nicht auf die Vergangenheit zurückbezogen[44]). Die Beschränkung äußert sich darin, daß a) von nun an der Gläubiger, wie gewöhnlich, die Gefahr jener Individualleistung trägt[45]); b) daß der Gläubiger ein unentziehbares Recht auf eben diese Leistung erworben hat, also sich weigern kann, statt ihrer etwas anderes anzunehmen[46]). Nur beim Annahmeverzug wird der Grundsatz des

---

38) Vgl. § 300 Abs. 2 BGB.

39) Damit ist die sog. Lieferungstheorie (Jhering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 Nr. 5) vom Gesetzbuch sanktionirt. Vgl. noch Berndorff S. 36ff.; übrigens auch Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 259.

40) Ohne solche Mittheilung würde regelmäßig nur ein ganz interner Akt des Schuldners vorliegen. S. o. Note 32.

41) Holschulden. S. auch § 295 BGB. und unten § 155.

42) D. h. vom Erfüllungsorte an einen anderen (den sog. Bestimmungs)ort.

43) Bringschulden. Z. B. der Metzger hat das bestellte Fleisch, der Kellner im Wirthshaus die bestellte Flasche Wein dem Gaste zu bringen (d. h. auf den Tisch zu setzen). Der Schuldner trägt die Gefahr, wenn auf dem Wege ein Hund das Fleisch aufschnappt oder der Kellner die Flasche zerbricht. Es wäre unbillig, wenn der Besteller den Preis bezahlen müßte ohne etwas zu erhalten.

44) Wie bei den Wahlschuldverhältnissen (§ 263 Abs. 2).

45) S. o. Note 36 und § 275 BGB.

46) Nicht zu billigen ist es, wenn Cosack § 84 III Ziff. 3 behauptet, daß dazu Mittheilung an den Gläubiger erforderlich sei. Zuweilen gehört Anzeige zur Vollendung der Konzentration (s. o. bei Note 40), in den meisten Fällen aber nicht (z. B. vor Allem nicht bei der Versendung vom Leistungsort). Der Gläubiger hat ein unentziehbares Recht auf die abgesendete Sache. Dies erlaubt ihm, über die auf dem Transport befindliche Sache zu verfügen. Gegen Unbilligkeiten

§ 243 Abs. 2 durch andere Erwägungen durchbrochen. Die Wirkungen des Annahmeverzugs sind im Interesse des Schuldners eingeführt. Hauptfolge ist das Recht der Hinterlegung des angebotenen Gegenstandes (§ 372). Hat der Schuldner das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen, so gilt, wenn er davon Gebrauch macht, die Hinterlegung als nicht erfolgt (§§ 376, 379); er wird daher auch auf die Wirkung des Annahmeverzugs im Sinne des § 300 Abs. 2 verzichten können. Dies bedeutet Rücknahme des Konzentrationsakts unter der Verpflichtung zur Leistung anderer geeigneter Gegenstände. Diese Möglichkeit liegt im Interesse des Schuldners und wird von der Verkehrsanschauung gefordert[47]).

§ 148.

B. Geldschulden*.

1. Geld[1]) ist das am häufigsten vorkommende Objekt der Leistung. Es hat dies seinen Grund in der Natur des Geldes, allgemeiner Werthmesser für andere Güter und allgemeines Tauschmittel zu sein. Geldschulden nennen wir diejenigen Schuldverhältnisse, die gerichtet sind auf Leistung einer bestimmten Werthsumme durch Zahlung von Geld[2]). Man spricht bei der Geldschuld daher auch wohl von einer Summenschuld.

Hiernach sind nicht Geldschulden in unserem Sinne

a) Schuldverhältnisse auf Leistung bestimmter individueller Geldstücke[3]). Hier liegt eine gewöhnliche Speziesschuld vor;

b) Schuldverhältnisse auf Leistung einer bestimmten Quantität von Stücken einer gewissen Münzsorte[4]). Eine solche ausschließliche Münz- oder Geldsortenschuld ist eine Gattungsschuld (s. o. § 147).

---

helfen §§ 226, 242 BGB. und die exceptio doli. S. auch Prot. Bd. 1 S. 287 ff. A. M. Fr. Leonhard in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 29 ff.

47) Also der Schuldner kann über die vom Gläubiger nicht angenommene Sache wieder verfügen. A. M. mangels anscheinend möglicher Konstruktion Oertmann § 243 Note 5b. Die Konstruktion ist im Texte gegeben. Eventuell würden auch hier wieder die §§ 226, 242 BGB. einschlagen.

*) S. die oben § 62 Note 5 Citirten. Ferner H. Kaufmann, Zur Lehre vom Inhalt einer Geldschuld (1894); Endemann I § 121; Cosack § 87; Mathiaß I § 75; Enneccerus I § 154.

1) Ueber den Begriff s. o. Bd. I § 62.

2) Also das zu Leistende ist das Werthquantum; das Geld ist nur das Mittel dazu.

3) Z. B. eines verschlossenen Beutels mit Geld, welcher zur Aufbewahrung übergeben ist.

4) Wenn darin nicht blos ein ungenauer Ausdruck für ein Werthquantum liegt. Das Gesagte hat die praktische Folge, daß es in diesem Fall nicht darauf ankommt, ob die geschuldeten Geldstücke sich zur Leistungszeit noch im Umlaufe

2. Eine Geldschuld ist zu berichtigen in der gesetzlichen Währung, falls nicht der Gläubiger eine anderweitige Zahlung annimmt[5]) oder Zahlung mit anderem Gelde von vornherein ausbedungen ist. Letzteres ist eine Geschäftsklausel wie jede andere[6]), die gültig ist, sofern sie nicht gegen eine im öffentlichen Interesse erlassene (zwingende) Rechtsvorschrift verstößt[7]). Dagegen liegt eine solche Geschäftsklausel nicht schon in der einfachen Angabe der Münzsorte; denn man kann eine Geldschuld überhaupt nicht anders als in einer Münzsorte ausdrücken. Daher ist namentlich im internationalen Verkehr der Ausdruck der Münzsorte nicht bindend, und die Geldschuld mangels besonderer Verabredung[8]) in Landesmünze zur Zeit und am Orte der Zahlung zu berichtigen. § 244 BGB. schreibt dieses unbedingt für die im Inland zahlbaren Geldschulden vor, gleichviel aus welchem Grund die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt war (z. B. weil die Parteien Ausländer oder die Schuld im Ausland kontrahirt ist). Die Grundsätze des internationalen Privatrechts führen regelmäßig zum gleichen Resultate[9]).

3. Die geschuldete Währung ist regelmäßig vom Gläubiger zum Nennwerthe anzunehmen; eine Vereinbarung, sie blos zum Kurswerthe zu nehmen, dadurch aber nicht ausgeschlossen[10]). Die in aus-

---

befinden. Existirt die Gattung gar nicht mehr, so wird der Schuldner frei wegen Unmöglichkeit der Leistung.

5) S. o. Bd. I § 62 II Ziff. 1; insbesondere auch darüber, daß die bewilligte Zahlung mit anderem Gelde wirkliche Zahlung ist. — Der Satz des Textes folgt aus der herrschenden Münzgesetzgebung.

6) Sie kann auch aus den Umständen als gewollt hervorgehen. S. o. Bd. I § 86.

7) S. o. Bd. I § 79. Z. B. wenn in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde über ein dieser Beurkundung bedürftiges Geschäft die Zahlung nicht nach Art. 14 § 4 des RMünzGes. in Reichswährung versprochen würde. Bedarf das Geschäft der öffentlichen Beurkundung nicht, so trifft der Mangel blos die Urkunde. Nichtig wäre es auch, wenn eine Reichs- oder Landeskasse entgegen den Bestimmungen des Münzgesetzes die unbeschränkte Annahme von Scheidemünzen oder von unter das Passivgewicht verringerten Münzen für eine Schuld vertraglich ausschließen wollte.

8) Der verkehrsübliche Ausdruck dafür ist „effektiv" (z. B. Versprechen von 1000 Rubel effektiv). Aber auch andere Ausdrücke genügen, wenn sie nur hinreichend bestimmt sind. Hier spricht man von Geldsortenschuld. Diese Geldsortenschuld ist (im Gegensatz zu Ziff. 1b) eine wirkliche Geldschuld, aber eine besonders qualifizirte.

9) S. o. Bd. I § 28 Note 47. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 23 S. 205, Bd. 25 S. 41 u. d. RG. Bd. 1 S. 23, Bd. 6 S. 125, Bd. 9 S. 3, Bd. 19 S. 48. Bekker, Die Kouponsprozesse der Oesterr. Eisenbahngesellschaften (1881); G. Hartmann, Internationale Geldschulden (1882); v. Bar, Int. Privatrecht II S. 48 ff. u. die österr. Entscheidungen i. d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 27 S. 512 ff., Bd. 28 S. 283 ff.

10) Der Geldschuld wird dadurch eine besondere Klausel beigefügt. Praktisch

ländischer Währung ausgedrückte Geldschuld ist, wenn sie nach den obigen Grundsätzen in Landesmünze zu zahlen ist, nach dem Kurswerth zur Zeit und am Orte der Zahlung in Landesmünze umzurechnen (vgl. § 244 Abs. 2). Verkehrsgeld braucht immer nur zum jeweiligen Kurse genommen zu werden[11]).

4. Ist die Münzsorte, in welcher die Geldschuld zu berichtigen ist[12]), besonders bestimmt[13]), so hat der Schuldner in derselben zu zahlen, gleichgültig ob die Münzsorte am Zahlungsorte selten geworden oder hier nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu beschaffen ist[14]). Nur wenn die Münzsorte sich zur Zahlungszeit überhaupt nicht mehr im Umlaufe befindet, ist die Erfüllung der Nebenbestimmung für die Geldschuld unmöglich geworden[15]), daher die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Bestimmung nicht getroffen wäre[16]). § 245.

§ 149.

C. Zinsen*.

1. Zinsen sind eine Vergütung, welche Jemand zu fordern hat für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Summe Geldes

---

wird sie wohl nur bei Verschlechterung des Währungssystems. Vgl. Dernburg § 15 Ziff. 2.

11) S. o. § 62 II Ziff. 2. Vereinbarungen über einen anderen Kurs sind auch hier gestattet.

12) D. h. eine wirkliche Geldschuld: im Gegensatz zu dem in Ziff. 1b bezeichneten Falle.

13) S. o. Ziff. 2 bei Note 6 ff. u. 8.

14) Vorbehaltlich auch hier der durch §§ 226, 242 BGB. gezogenen Grenzen.

15) Nicht die ganze Verbindlichkeit. Der Schuldner wird daher nicht befreit.

16) Also in der am Zahlungsort herrschenden Währung unter entsprechender Umrechnung. — Wird eine Umrechnung in Folge einer Aenderung des Münzwesens erforderlich, so werden die betreffenden Gesetze meist selbst die Umrechnungsgrundsätze bestimmen. Eine Modifikation des Schuldinhalts ist dadurch nicht ausgeschlossen. Fehlen derartige positive Bestimmungen oder sind sie nach Lage der Sache (z. B. für ausländische Gläubiger) nicht maßgebend, so ist zu unterscheiden, ob ein Uebergang von der Gold- zur Silberwährung oder umgekehrt stattgefunden hat, oder ob blos der Münzfuß geändert ist. Im ersteren Falle hat die Umrechnung nach dem jedenfalls bestimmten Werthverhältniß von Gold und Silber zur Zeit des Uebergangs (nicht der Begründung des Schuldverhältnisses oder der Zahlung resp. der Verfallzeit) zu erfolgen; im letzteren Fall nach dem Verhältniß der gesetzlichen Feingehalte beider Münzen ohne Berücksichtigung des etwa gleichen Namens. Vgl. darüber (zum Theil abweichend) die oben Note 9 Citirten, aber auch Knies, Das Geld S. 336 ff. u. Goldschmidt, Ztschr. für Handelsr. Bd. 19 S. 327.

*) Randa, Die Lehre v. d. Zinsen zc. (1869); v. Petrażycki, Lehre vom Einkommen Bd. 2 (1895) S. 123 ff.; Dernburg §§ 18—23; Endemann I § 122; Cosack §§ 89 ff.; Mathiaß I § 79; Stammler, Schuldverhältnisse S. 146 ff.; Enneccerus I §§ 156 ff.

oder anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere[1]), bestehend in einer Leistung gleicher Art[2]), und bemessen nach Quoten der Hauptleistung. Die Zinsen sind dem Gläubiger in der festgesetzten Höhe dauernd (periodisch) zu entrichten. Arg. § 101 Ziff. 2, 246ff., 607—608 BGB. Die Hauptschuld heißt auch das Kapital; die Zinsen bilden während Bestehens der Kapitalschuld fortlaufend deren Einkommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch rechnet die Zinsen zu den Früchten[3]). Die Zinsschuld steht also neben der Kapitalschuld und stellt letztere gewissermaßen in verjüngtem Maßstabe dar. Die Zinsschuld ist auch von der Hauptschuld abhängig, in dem Sinne, daß sie ohne die letztere nicht entstehen konnte und auch späterhin in vielfacher Beziehung deren Fortbestand voraussetzt.

Nach alledem sind nicht Zinsen

a) Renten (vgl. §§ 197, 330, 759ff., 843ff., 1199ff. BGB.), da sie zwar wiederkehrende Leistungen sind, aber kein Kapital voraussetzen[4]);

b) Dividenden, da sie zwar neben einem Kapital und wiederkehrend, aber nicht in einem ein- für allemal feststehenden Betrage geschuldet werden, vielmehr sich nach dem mit dem Kapital gemachten Gewinn richten[5]);

c) Amortisationsquoten[6]) und andere Zuschläge zu den Zinsen, oder Abzüge vom Kapital, die zwar auch prozentual nach letzterem berechnet werden, aber entweder nicht wiederkehrend, oder nicht als Einkommen vom Kapital 2c.[7]);

---

1) Nicht auf den Genuß oder die Nutzung derselben durch den Anderen, wie Viele definiren, kommt es an; denn die Zinsen werden ohne Rücksicht auf diesen Genuß geschuldet. — Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt den Begriff der Zinsen als bekannt voraus.

2) Also z. B. von Geld wieder Geld, von Getreide wieder Getreide u. dgl.

3) S. o. Bd. I § 69. Vgl. insbes. Note 12 daselbst. Die Zinsen repräsentiren den Gebrauchswerth der den Gegenstand der Hauptschuld bildenden Quantität (gleichgültig ob der betreffende Gebrauch vom Schuldner wirklich gemacht wird: s. o. Note 1). Schon die Römer gingen von der Vorstellung aus, daß ein Kapital immer fähig sei, die Zinsen hervorzubringen. Vgl. l. 34 Dig. de usur. 22, 1; l. 121 Dig. de V. S. 50, 16 u. unten Ziff. 2.

4) Dies schließt nicht aus, daß gelegentlich Bestimmungen über die Zinsen in einzelnen Beziehungen auf Renten angewendet werden. So in §§ 1107, 1200 BGB. — Ueber die Renten s. u. §§ 250 ff.

5) Vgl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 374 ff. und oben Bd. I § 76 zu Note 16.

6) S. Crome a. a. O. S. 212.

7) Sondern daneben als besondere Vergütung (z. B. für die Kapitalsverschaffung) oder zur Abzahlung des Kapitals u. dgl. Dernburg § 18 Ziff. 2. Auch hier findet zuweilen Gleichstellung mit den Zinsen statt. So hinsichtlich der Amortisationszahlungen in § 10 Ziff. 4 d. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und in § 197 BGB.

d) Vergütung für die Entbehrung von Individualsachen, z. B. für Gebrauchsüberlassung oder Nutzung derselben[8]). Daher sind der sog. „Mieth- oder Pachtzins" keine Zinsen.

2. Entstehungsgründe der Zinsschuld gibt es zwei: Rechtsgeschäft und Rechtssatz. Demgemäß spricht man von bedungenen und gesetzlichen Zinsen.

a) Das in Frage stehende Rechtsgeschäft kann von jeder Art sein[9]): Vertrag, einseitige Verfügung unter Lebenden, soweit sie überhaupt eine Verbindlichkeit zu erzeugen vermag (Ausgabe von Zinskoupons als Inhaberpapiere) und von Todeswegen (testamentarische Anordnung: Vermächtniß). Fälligkeit und Perioden der Leistung ergeben sich in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus der Verkehrssitte. Daß in längerer andauernder Zinsleistung eine Zinsvereinbarung liege, wird sich nicht allgemein behaupten lassen[10]).

b) Eine gesetzliche Zinspflicht knüpft sich an gewisse Thatbestände an. Die gesetzlichen Zinsen haben die Eigenthümlichkeit, daß sie regelmäßig nicht vor dem Kapital fällig werden; sie erscheinen vorzugsweise unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Entweder bilden sie einen Theil des Schadensersatzes oder das in dem betreffenden Falle von der Rechtsordnung zugebilligte Ersatzquantum überhaupt. Das Recht geht von der Ansicht aus, daß die Entziehung oder Vorenthaltung eines Kapitals von selbst den Gläubiger schädige um den entgangenen Gewinn der Zinsen[11]), weil das Kapital regelmäßig fähig sei, solche Zinsen hervorzubringen. Daher können gesetzliche Zinsen oft gefordert werden, wo für weitere Schadensersatzansprüche kein Raum ist[12]) oder solche nicht hinreichend bewiesen werden können[13]). So bilden die gesetzlichen Zinsen nicht selten den

8) S. u. §§ 234 ff.

9) Dasselbe bedarf heutzutage keiner Form.

10) An Stelle von l. 6 pr. § 1 Dig. de usuris 22, 1 kommt es heutzutage nur darauf an, ob darin ein gültiger Vertragsschluß auf die Zinsen durch konkludentes Verhalten im Sinne von Bd. I § 86 Ziff. 2b gefunden werden kann; was wohl nur unter Umständen zu bejahen ist. — Zinserlaß kann liegen in vorbehaltsloser Annahme des Kapitals oder geringerer Zinsbeträge als sie geschuldet sind.

11) S. über den entgangenen Gewinn als Ersatzquantum schon Bd. I § 108 Ziff. 3a u. unten § 151 zu Note 29 ff.

12) Weil ein Verschulden des Gegners fehlt.

13) Z. B. der Verwalter fremden Vermögens schuldet Zinsen vom eingenommenen Kapital. § 668 BGB. Bezüglich der wirklich gezogenen ist dies Restitution (§ 667 BGB.), bezüglich der nicht gezogenen ist es Ersatz. — Die

einzigen Ersatzanspruch des Gläubigers, — oft dagegen auch nur das gesetzliche Mindestmaß des Ersatzes, über das bei Nachweis eines höheren Schadens hinausgegangen werden kann[14]). Hauptfall der gesetzlichen Zinsen sind heutzutage[15]) die Verzugszinsen (§ 288 BGB.) und Prozeßzinsen (§ 291); erstere bei Verzug des Schuldners[16]), letztere (ohne Rücksicht auf Verzug) von der Rechtshängigkeit des Anspruchs[17]) resp. späteren Fälligkeit der Geldschuld an[18]) zu fordern[19]). Verzugs- und Prozeßzinsen beschränken sich auf Geldschulden. — Ist für den Werth geschuldeter, während des Verzugs untergegangener[20]) oder verschlechterter Sachen, — ingleichen solcher die rechtswidrig[21]) dem Berechtigten entzogen oder beschädigt wurden, Ersatz zu leisten, so ist die Ersatzsumme von dem Augenblicke zu verzinsen, welcher der Bestimmung des Werths der Sache zu Grunde zu legen ist[22]). §§ 290, 849 BGB. — Wer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den dafür zu leistenden Betrag nach § 256 von der Aufwendung an zu verzinsen, — wer als Beauftragter, Geschäftsführer, Verwahrer, Vormund u. dgl. fremdes Geld in eigenen Nutzen verwendet hat, das Verwendete vom Augenblicke der Verwendung an. Vgl. die §§ 27, 86, 668, 675, 681, 698, 713, 1834 2c. BGB. Spezialvorschriften über die Verzinsung herauszugebender Geldsummen bestehen beim Kauf

---

Erstattungspflicht gezogener Zinsen steht einfach unter den Grundsätzen des betreffenden Rechtsverhältnisses (z. B. §§ 667, 675, 681, 1890, 1925 BGB.) und der nach Maßgabe des letzteren herauszugebenden omnis causa.

14) Darüber s. u. §§ 150 ff.

15) Ueber die röm. Fälle s. Windscheid-Kipp, Pand. II § 259 Note 7. In den sog. bonae fidei iudiciis wurden Zinsen nach Maßgabe der Billigkeit vom Richter nach freiem Ermessen zugesprochen.

16) S. u. §§ 161 ff.

17) S. o. Bd. I § 129 Note 2. Zuweilen tritt die Verpflichtung schon früher ein, weil der Schuldner kraft Gesetzes zu behandeln ist, wie wenn der Anspruch gegen ihn rechtshängig wäre. S. §§ 819, 820; auch Abs. 2 eod. und § 990 BGB.

18) Ueber die Zulässigkeit von Klagen auf betagte Leistungen s. o. Bd. I § 133 Note 8. Hauptfälle in §§ 257, 258, 259 CPO. Die Zinspflicht tritt hier erst mit der Fälligkeit der Schuld ein.

19) Von den Prozeßzinsen war schon die Rede. S. o. Bd. I § 129.

20) Dem Untergang wird nach § 290 gleichgestellt, wenn die Sache aus einem sonstigen während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann.

21) Vor Allem auch durch Delikt.

22) Ueber die Werthberechnung auch in dieser Beziehung gelten die allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts. S. u. § 151 zu Note 42 ff. Die §§ 290, 847 BGB. gestalten diese Lehre nur aus. Denn hätte der Gläubiger den Wertherssatz in dem im Text bezeichneten Augenblick erhalten, so hätte er nach der Auffassung des Gesetzes (s. o. N. 11) von da ab auch die Zinsen gehabt.

(§ 452)[23]), Werkvertrag (§ 641 Abs. 2), beim Rücktritt von einem Vertrage (§§ 347 i. f., 327)[24]) und im Handelsrecht[25]).

3. Die Zinsforderung ist eine Nebenforderung[26]) neben der Hauptforderung. Daher nimmt sie in manchen Beziehungen am rechtlichen Schicksal der Hauptforderung Theil; vor Allem an den Vorrechten der Hauptforderung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung[27]). Ist die Hauptschuld pfandmäßig gesichert, so haftet das Pfand auch für die Zinsen; für die künftigen, sobald sie fällig werden, wie für die rückständigen, — für gesetzliche nicht weniger als für bedungene Zinsen. Doch ist für letztere, soweit das Pfandrecht überhaupt der Eintragung bedarf[28]), der Zinssatz einzutragen. §§ 1115, 1118, 1210, 1264 BGB.[29]). Ob die Bürgschaft für die Hauptschuld sich auf die Zinsforderung erstreckt, hängt insbesondere bei bedungenen Zinsen von der Auslegung des Bürgschaftsvertrages ab. Für gesetzliche Zinsen ist die Frage nach § 767 BGB. in der Regel zu bejahen.

Im Uebrigen gilt Folgendes:

a) die Nebenforderung ist unselbständig insofern als das Entstehen und Fortlaufen der Zinsen den Bestand und Fortbestand der Kapitalschuld voraussetzt. Daher ist bei Unwirksamkeit der Hauptforderung in demselben Maße auch der Zinsanspruch unwirksam[30]); nach Erfüllung, Erlaß, Aufrechnung der Hauptforderung wird der Zinsanspruch im Augenblicke des Erlöschens der Hauptforderung sistirt. Die in § 803 BGB. enthaltene Ausnahme bei Werthpapieren, welche mit Zinsscheinen versehen sind[31]), betrifft nur die Methode der Durch-

---

23) S. auch noch über die Verzinsung des Steigpreises in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks § 49 Zw.VG.

24) S. auch § 543 Abs. 2 BGB.

25) Vgl. z. B. §§ 110, 111, 353, 355 HGB.

26) Ueber die Verjährung derselben s. o. Bd. I § 115 Note 4.

27) An den sog. privilegia exigendi der Hauptforderung. Vgl. § 62 Ziff. 3 KO. und § 12 Zw-VG. — Im Prozeß kommt für die Berechnung der Höhe des Streitgegenstandes die Nebenforderung neben der Hauptforderung nicht in Betracht. S. § 4 CPO. und Entsch. d. RG. Bd. 32 S. 377ff.

28) Im Grundbuch bezw. Schiffsregister. S. §§ 1115, 1191 Abs. 2, 1192, 1200, 1264 BGB.

29) Wegen der Beschränkung des Vorrechts bei der Immobiliarzwangsvollstreckung auf die Rückstände des laufenden und der beiden der Beschlagnahme vorausgehenden Jahre s. § 10 Zw.VG. Ziff. 4 u. 8. — Bei einer verpfändeten verzinslichen Forderung erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Zinsen des Pfandobjekts. Näheres darüber in § 1289 BGB.

30) Z. B. nach durchgeführter Anfechtung der Hauptforderung ist auch der Zinsanspruch mit rückwirkender Kraft vernichtet.

31) S. u. § 311 Ziff. 4.

führung[32]). Mit Rücksicht auf die Qualität der Zinsscheine als Werthpapiere, müssen sie bei der Vorlegung noch weiter ausbezahlt werden; daher hat der Schuldner das Recht eines entsprechenden Abzugs am Kapital für die auf die Zeit nach Erlöschen der Hauptforderung lautenden, bei der Kapitalseinlösung nicht zurückgegebenen Zinsscheine[33]).

b) Einmal verfallene Zinsen sind selbständige Schuldposten. Sie können daher besonders getilgt, für sich allein (ohne die Hauptforderung) abgetreten werden[34]), und den Bestand der Kapitalschuld überdauern. Ebenso kann die fällige Zinsschuld selbständig geltend gemacht werden[35]), sei es vor oder nach erfolgter Abtragung des Kapitals[36]). Auf der anderen Seite kann bei gleichzeitiger Fälligkeit von Kapital und Zinsen die einseitige Abtragung der einen Schuld ohne die andere nicht (nach § 266 BGB.) als unzulässige Theilleistung zurückgewiesen werden[37]). Nur die Verjährung der Hauptforderung zieht die Verjährung verfallener Zinsen nach sich (selbst wenn die besondere vierjährige Verjährungszeit der letzteren noch nicht abgelaufen ist). § 224 BGB.[38]). Auch soll die Zinszahlung als Einkommensleistung[39]) regelmäßig der Kapitalzahlung nicht nachhinken. Das Gesetz gibt daher dem Gläubiger ein Ablehnungsrecht der angebotenen Leistung[40]), die ein Schuldner unter Umgehung des fälligen Zinses blos auf das Kapital verrechnen will[41]). § 367 BGB.[42]).

---

32) Durch die Ausgabe besonderer Werthpapiere über den Zinsanspruch wird im Uebrigen an dessen rechtlicher Natur nichts geändert. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 254 ff. u. Cit.

33) Sofern sie nicht nach den ihnen eigenen Grundsätzen bereits zu dieser Zeit kraftlos geworden waren. Vgl. § 801 BGB.

34) S. u. §§ 197 ff.

35) Der Gläubiger hat zwei Ansprüche, die er (wie regelmäßig: s. o. Bd. I §§ 35 i. f., 121 zu Note 19) gleichzeitig oder successive geltend machen kann.

36) Gleichgültig aus welchem Grunde die Zinsen geschuldet werden. Damit ist die röm. Streitfrage über die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen (s. schon Carus, Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen, 1876) erledigt. Die röm. Unterscheidung zwischen Zinsen, die in obligatione sunt, und denen, welche officio iudicis praestantur, ist beseitigt. Alle Zinsen können heute geradeso selbständig beigetrieben werden, wie die Hauptschuld.

37) A. M. Cosack § 88 Ziff. 2a.

38) Die Bestimmung ist Ausnahme, eingeführt schon durch das röm. Recht (vgl. l. 26 pr. Cod. de usuris 4, 32) im Interesse der Hauptverjährung, die sonst leicht wegen des fortdauernden Streits über die Zinsen ihren Zweck verfehlen würde. S. schon oben Bd. I § 115 zu Note 8, § 116 i. f.

39) Zumal die Zinsen gewöhnlich zum Unterhalt des Gläubigers dienen.

40) D. h. der Gläubiger kommt durch die Ablehnung nicht in Verzug. S. u. § 163.

41) Ueber die Anrechnung von Zahlungen s. u. § 182 Ziff. 4.

42) Nimmt der Gläubiger das Kapital vorbehaltslos an, so kann darin unter Umständen ein Verzicht auf die Zinsen liegen, falls der Gläubiger den ihm zustehenden Zinsanspruch gekannt hat. Zu vermuthen ist ein solcher Verzicht natür-

4. Der Betrag der Zinsen wird gemessen nach einer Quote des Kapitals und nach den Perioden der Leistung. Die Quoten sind Hunderttheile (Prozente) des Kapitals; die Rechnungsperiode ist bei uns ein Jahr[43]). Das Maß der Zinsen nennen wir den Zinsfuß. Bei den auf Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen unterliegt der Zinsfuß im Allgemeinen der freien Bestimmung der Parteien, vorbehaltlich der gesetzlichen Wucherschranke. § 138 Abs. 2 BGB.[44]). Abgesehen davon sind alle früheren Zinsbeschränkungen aufgehoben[45]). Der Nutzungswerth von Geld und anderen Waaren, der durch die Zinsen bezeichnet wird, richtet sich nach Angebot und Nachfrage, nach den Gewinnchancen der betheiligten Personen und zahlreichen anderen Momenten; und es wäre ein unrichtiges und zugleich vergebliches[46]) Bemühen des Gesetzgebers, in das hier obwaltende freie Spiel der Interessen beschränkend einzugreifen. Nur insofern besteht noch eine Beschränkung, als bei Zinsverabredungen von mehr als sechs Prozent jährlich der Schuldner ein unentziehbares Recht hat[47]), nach Ablauf von sechs Monaten seit Eingehung der Verpflichtung das Kapital mit halbjähriger Kündigungsfrist zu kündigen, es sei denn, daß es sich um Schuldverschreibungen auf den Inhaber handelt[48]). § 247 BGB.

Hiernach hat das Gesetz nur noch die Aufgabe, den Zinsfuß in

---

lich nicht, und selbst § 363 BGB. wird nur insofern anwendbar sein, als z. B. die Quittung eine völlige Entlastung des Schuldners bezeugt.

43) Z. B. 5 Prozent jährlich. Die Periode ist Rechnungsperiode. Zahlung ist auch in kürzeren Zeiträumen, z. B. halbjährlich, vierteljährlich zulässig. — Die Römer berechneten die Zinsen monatlich und kamen so zu 12%, was Justinian auf 6% ermäßigte. In Deutschland wurden regelmäßig 5%, unter Kaufleuten 6% als gesetzlicher Zinsfuß gerechnet. S. u. und Bd. I § 85 Note 13.

44) S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a.

45) Vor Allem das ehemalige absolute Zinsmaximum (s. o. Note 43, § 85 Note 13) und die Bestimmung, daß die rückständigen Zinsen in ihrem Gesammtbetrag das Kapital nicht übersteigen durften (vgl. l. 26 § 1 Dig. de cond. ind. 12, 6; l. 10, 27 § 1 Cod. de usur. 4, 32).

46) Zur Umgehung der gesetzlichen Beschränkung würden alle diejenigen Mittel angewendet werden, durch welche in früherer Zeit z. B. das kanonische Zinsverbot umgangen worden ist (Rentenkauf, contractus mohatrae), Vorabzug der Zinsen u. s. w.). Schon das deutsche Bundesgesetz v. 14. Nov. 1867 hatte deshalb die Höhe der bedungenen Zinsen der freien Vereinbarung der Parteien anheimgegeben.

47) Entgegenstehende Bestimmungen sind nichtig. Arg. § 247 BGB. („kann nicht"). Die Vorschrift gilt auch für die Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften. § 2 Abs. 3 des RG. v. 14. Nov. 1867, der das Gegentheil bestimmte, ist ohne Ersatzbestimmung aufgehoben. Art. 39 EG.BGB. hebt das cit. Reichsgesetz ganz auf. Daher auch dessen ehemalige Vorbehalte für das Landesrecht.

48) S. u. §§ 310ff.

Ermangelung rechtsgeschäftlicher Bestimmung, und allgemein für gesetzliche Zinsen festzusetzen. Dies geschieht in § 246 BGB. Danach ist der gesetzliche Zinsfuß auf vier Prozent fixirt[49]. Im Handelsverkehr[50] beträgt er fünf Prozent. § 352 HGB.[51]. — Uebrigens ergibt, wenn es sich um rechtsgeschäftliche Verpflichtungen handelt, die bloße Nichterwähnung des Zinssatzes noch nicht in allen Fällen die Anwendbarkeit des gesetzlichen Zinsfußes; vielmehr kann die nach § 157 BGB. erfolgende Auslegung des Geschäftes auch auf die Anwendung des orts- oder verkehrsüblichen Zinssatzes gehen, der von dem gesetzlichen nicht selten abweicht[52].

5. Das bisherige Recht verbot vielfach auch das Nehmen von Zinseszins, d. h. der Zinsen von Zinsen[53]: Anatozismus. Als absolutes Verbot hat sich dies zweifellos überlebt. Rückständige Zinsen können Kapitalsnatur erhalten[54] und danach wieder zinstragend werden. Eine Vereinbarung, daß rückständige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist daher heute gültig. Ingleichen sind von gezogenen Zinsen, die einem Anderen zu erstatten sind, eventuell wieder Verzugszinsen zu entrichten[55]. Dagegen wird die Wiederverzinsung laufender bezw. künftiger Zinsen im voraus durch zwingende Rechtsvorschriften ausgeschlossen, in Anbetracht der Gefahr, welche die Zinseszinsrechnung für den Schuldner im Gefolge hat[56]. Vgl. §§ 248, 289 BGB. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Davon gibt es nur drei Ausnahmen[57]:

---

49) Gegenüber 5 Prozent in dem bisherigen Recht. S. o. Note 43.

50) Aus beiderseitigen Handelsgeschäften der Parteien, und wo das Handelsgesetzbuch sonst eine Zinsverpflichtung ausspricht ohne den Zinssatz zu bestimmen.

51) Im Wechselrecht bleibt es (seltsamer Weise) bei 6 Prozent. S. Art. 50, 81 S. 2 WO. Vgl. Dernburg § 22 Ziff. IV.

52) Ist die Zinsfestsetzung vorbehalten und kommt nachträglich mangels Einigung der Parteien nicht zu Stande, so ist nach § 154 BGB. im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Anders, wenn das Ergebniß der Auslegung dahin führt, daß diesenfalls der gesetzliche oder ortsübliche Zinssatz maßgebend sein sollte.

53) So insbesondere das röm. Recht in l. 28 Cod. de usur. 4, 32 und das Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 818ff. Das Reichsgesetz v. 14. Nov. 1867 bezog sich nicht auf diese Frage.

54) Wie alle Früchte schließlich selbständige Sachen werden. S. o. Bd. I § 69 Ziff. 1.

55) § 289 steht dem sowenig entgegen, wie § 248 der eben genannten Vereinbarung.

56) Sie führt nach Verlauf einiger Zeit zu ungeheuren Beträgen.

57) Keine Ausnahme ist es, daß die von einem Dritten für den Schuldner gezahlten Zinsen, auch wenn sie im Voraus gezahlt wurden, aus dem Gesichtspunkt des Auftrags, der nützlichen Geschäftsführung ꝛc. mit Zinsen wieder zurückverlangt werden können. (Dies war schon im röm. Recht erlaubt;

a) Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können mit ihren Gläubigern im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue Einlagen betrachtet und demgemäß wieder verzinst werden sollen;

b) umgekehrt können Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, sich von ihren Schuldnern im voraus die Verzinsung rückständiger Zinsen ausbedingen. § 248 Abs. 2 [58]).

c) Endlich ist im Kontokurrentverkehr [59]) der Saldo vom Tage des Rechnungsabschlusses ohne Weiteres verzinslich, wenngleich Zinsen darunter begriffen sind. § 355 HGB.

6. Für das Zinsennehmen der gewerblichen Pfandleiheanstalten bleiben nach Art. 94 EG. die Landesgesetze maßgebend [60]).

D. Schadensersatz*.

§ 150.

1. Begriff und Entstehungsgründe.

I. Schaden ist der Nachtheil, welchen eine Person durch ein besonderes Ereigniß an ihren Rechten oder Lebensgütern [1]) erleidet. Das Ereigniß kann von jeder Art sein: Handlung eines Menschen oder sonstiges Rechtsereigniß [2]). Der Nachtheil ist entweder ein Vermögens-

---

f. l. 10 § 3 Dig. mand. 17, 1; l. 7 § 12, l. 58 §§ 1 u. 4 Dig. de adm. et per. 26, 7); ebensowenig daß Pacht- und Miethzinsen wieder Zinsen (auch Verzugszinsen) tragen können. Denn sie sind rechtlich keine Zinsen. — Erlaubt ist die Verabredung, daß bei nicht pünktlicher Zinszahlung der Zinsfuß in bestimmter Weise sich erhöhe. S. dazu auch Dernburg § 23 Note 12. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 274.

58) Im Falle a ist eine Gefährdung des Publikums ausgeschlossen; im Falle b kommt auch die Sicherheit der ausgegebenen Inhaberpapiere in Betracht, zu deren strenger Einlösung die betreffenden Anstalten verbunden sind.

59) Von Kaufleuten untereinander und eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann. S. schon ehemals Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 140, Bd. 14 S. 70.

60) Vgl. z. B. das Preuß. Ges. betr. die gewerbsmäßige Pfandleihe v. 17. März 1881, wonach für 1 Mark pro Monat bis zu 2 Pfg. Zinsen, über 30 Mark für je 1 Mark monatlich 1 Pfg. Zinsen genommen werden darf. Vgl. auch Sächs. Ges. v. 21. April 1882, Badisches v. 6. April 1854 u. s. w.

*) Vgl. Mommsen, Lehre vom Interesse (Beiträge z. Obligationenrecht 2. Aufl. 1855); Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse (1865); Gimmerthal, desgl. (1876); Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie (1888); Degenkolb i. Archiv f. civ. Praxis Bd. 76 S. 1. Dernburg §§ 24—37; Endemann I §§ 128—132; Cosack §§ 91, 92, 95; Mathiaß I §§ 76, 77; Stammler S. 122ff., 227; Enneccerus I §§ 159—163.

1) Vgl. dazu oben Bd. I §§ 29, 30 insbes. Ziff. 2c.

2) S. Bd. I § 110.

schaden oder ein sog. ideeller oder moralischer Schaden (Körper- und Seelenschmerzen aller Art). Generell kommt nur ein Vermögensschaden in Betracht[3]). Dieser stellt sich dar als der Unterschied in dem Vermögen der Person[4]) wie es sein würde ohne das betreffende Ereigniß, und wie es nun in Folge des Ereignisses ist.

II. Von einer Schadensersatzpflicht reden wir, wenn der Beschädigte die Ausgleichung des erlittenen Schadens von einem Anderen verlangen kann. Hierdurch entsteht ein Schuldverhältniß: die sog. Ersatzforderung des Beschädigten. Die Ausgleichung des Schadens kann nur verlangt werden, wenn

1. ein bestimmtes Ereigniß ermittelt ist, welches den Schaden überhaupt hervorrief. Es handelt sich hier um die Frage der Verursachung des Schadens[5]), um die objektive Verkettung der Umstände.

2. Es ist erforderlich, daß das verursachende Ereigniß denjenigen, welcher auf Ausgleichung in Anspruch genommen werden soll, in irgend einer Weise näher angeht: also z. B. seine Handlung ist[6]) oder — als Zufall — ihm entweder durch besondere gesetzliche Bestimmung zur Last gelegt wird[7]) oder ein solches Ereigniß ist, für welches die Schadensausgleichung besonders übernommen wurde[8]). Ohne besondere Gründe verpflichtet das in der Sphäre eines Anderen eingetretene Ereigniß nicht zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens[9]).

III. Die Gründe der Schadensersatzpflicht sind hiernach folgende:

1. Uebernahme einer solchen Verpflichtung durch Rechtsgeschäft[10]). Die Einzelheiten der Ersatzpflicht richten sich hier in erster Linie nach der Parteibestimmung, sodaß dieser Fall kein reines Bild des Ersatzrechtes gewährt. Z. B. im Versicherungsvertrag ist regelmäßig ausbedungen, daß der Werth der untergegangenen oder beschädigten Gegenstände nur im Verhältniß zur Versicherungssumme zu

---

3) S. o. § 141 gegen Ende.
4) Bd. I § 31.
5) S. darüber oben Bd. I § 108.
6) Wobei als Handlung, wie früher gezeigt, unter Umständen eine Unterlassung in Betracht kommt. Eine Körperverletzung kann durch Schläge, aber auch z. B. durch Unterlassung der Weichenstellung verursacht sein. Nichtbezahlung einer Schuld ist möglicherweise Ursache eines Schadens. Ueber die Unrichtigkeit der Vorstellung, als könne ein Unterlassen im Rechtssinne nicht kausal sein, s. o. Bd. I § 108 Ziff. 4.
7) S. die oben Bd. I § 110 Note 3ff. citirten Fälle.
8) Wie z. B. bei der Versicherung.
9) Nach dem Satze: casus a nullo praestantur.
10) Außer der Schadenversicherung (o. Note 8) gehören hierher noch besonders die Garantieverträge. S. u. §§ 291ff., 300.

ersetzen ist[11]). Wir scheiden die bedungene Ersatzpflicht in den folgenden Erörterungen ganz aus.

2. Viel häufiger tritt eine Schadensersatzpflicht kraft allgemeiner Rechtsregel ein. Diese knüpft sich unmittelbar an gewisse Thatbestände. Hierher gehört vor Allem

a) Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Die Folgen sind in erster Linie Ersatz des dadurch angerichteten Schadens, und zwar in vollem Umfange[12]). §§ 823 ff. BGB.

b) Die Schadensersatzpflicht aus anderen Ereignissen, an welche eine solche kraft Gesetzes für bestimmte Personen geknüpft ist; so[13]) bei der Enteignung, im Bergbetrieb, bei Vorfluth, und in anderen Fällen[14]).

c) Endlich kommt die Schadensersatzpflicht vor als accessorischer Inhalt eines anderen Schuldverhältnisses (namentlich aus Verträgen) oder eines dinglichen Anspruchs. Sie entspringt aus der Nichterfüllung jenes anderen Anspruchs. Der Ersatz tritt entweder an Stelle der geschuldeten Leistung oder neben diese. Die Nichterfüllung bestehender Rechtspflichten ist unerlaubt[15]) regelmäßig nur unter Voraussetzung einer besonderen Verschuldung[16]) des Verpflichteten, also auch nur unter dieser Voraussetzung Schadensersatz zu leisten. Der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich meist[17]) darauf, daß ein gewisses Maß von Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet werde. Deren Außerachtlassung (Vorsatz, Fahrlässigkeit) macht also schadensersatzpflichtig. § 276 BGB.[18]). Es kommt aber auch vor, daß eine absolute Leistungspflicht übernommen ist[19]) oder daß das Gesetz ausnahmsweise die Verpflichtung des Schuldners in derselben Weise auf absolute Bewirkung der Leistung oder auf Haftung bis zur höheren Gewalt steigert[20]). Hier steht der Schuldner also für Zu-

11) Aehnlich kann die Garantieübernahme eine beschränkte sein.

12) S. u. § 151 und das Detail der Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (unten §§ 324 ff).

13) S. auch oben Bd. I § 110 Ziff. 1.

14) Ueber den namentlich hier in Betracht kommenden Unterschied des Schadensersatzes von gesetzlichen Zinsen s. o. § 149 Ziff. 2b.

15) Sog. relatives Unrecht. S. o. Bd. I § 107 Ziff. 1a.

16) Bd. I § 109.

17) Vgl. § 276 Satz 1: „sofern nicht ein anderes bestimmt ist".

18) Welcher Grad von Sorgfalt verlangt wird, ist in den einzelnen Verpflichtungsverhältnissen verschieden. S. die Zusammenstellung Bd. I § 109 Ziff. 3 oben.

19) S. darüber schon oben Bd. I § 109 Ziff. 5. Ebenso daß das Maß der zu prästirenden Sorgfalt von den Parteien vertragsmäßig herabgesetzt ist, vorbehaltlich des stets erforderlichen Einstehens für Vorsatz. § 276 Abs. 2.

20) Hier berührt sich der Fall mit dem obigen bei lit. b.

fall ein; und weil dies möglich ist, stellt das Gesetz die Haftung des Schuldners für gehörige Erfüllung gar nicht mehr auf den Gegensatz „Verschulden und Zufall" ab, sondern spricht von Umständen, welche der Schuldner nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten hat. Soweit solche Umstände nicht vorliegen, wird der Schuldner auch bei Nichterfüllung seiner Verpflichtung frei; andernfalls hat er Ersatz zu leisten. §§ 275, 280 BGB.

§ 151.

2. Arten und Umfang des Schadensersatzes.

Die Schadensausgleichung kann in verschiedener Weise geschehen; sie ist bald mehr bald weniger vollkommen. Die vollkommenste Entschädigung besteht in der Wiederherstellung des früheren Zustands: genauer in der Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 249 S. 1 BGB. Die Ersatzleistung geschieht also vorzugsweise in natura; nicht mehr[1]) sofort durch Ausgleichung in Geld. Vielmehr ist Gelderſatz das weniger vollkommene Mittel der Entschädigung, welches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch prinzipiell erst an zweiter Stelle steht[2]). Denn in einer Geldsumme hat der Berechtigte nicht immer ein gleichwerthiges Objekt für das ihm gestörte oder entzogene Gut.

I. Die Naturalherstellung als Ausgleichsmittel kann bei aller Art Schäden vorkommen: bei Vermögens- und ideellen oder moralischen Schäden[3]). Doch ist sie häufig nicht möglich oder nicht ausreichend[4]). In diesem Fall geht die Ersatzpflicht sofort auf eine Geld-

---

1) Im röm. Recht geschah der Schadensersatz vorzugsweise in Geld (s. jedoch bereits Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 112), im preuß. (A.LR. I Tit. 6 § 79) u. französ. Recht (Crome, Grundlehren der fr. OblR. § 10 Note 4) ging die Verpflichtung wenn möglich schon zunächst auf Wiederherstellung.

2) Ausnahmsweise besteht ein Wahlrecht. S. u. Ziff. II.

3) Z. B. für eine zerstörte oder entzogene Sache kann eine andere geliefert werden, es sei denn, daß es auf das betreffende Individuum ankommt. Die beschädigte Sache kann unter Umständen reparirt, der körperlich Verletzte vom Urheber der Verletzung geheilt resp. in einer Heilanstalt untergebracht und verpflegt, und dadurch der Schaden beseitigt werden. Der in seinem Fortkommen Geschädigte kann vom Urheber der Beschädigung anderweitig untergebracht oder empfohlen werden u. dgl.

4) Rechtlich oder thatsächlich; ganz oder zum Theil! Die Frage ist aus dem betreffenden Verhältniß zu beurtheilen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Ob die Reparatur einer beschädigten Sache dem Berechtigten als ausreichende Ersatzleistung zuzumuthen sei, s. u. Note 16.

leistung. § 251 Abs. 1. Und dem Ersatzpflichtigen wird nachgelassen, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Naturalherstellung für ihn mit unverhältnißmäßigen Kosten und Aufwendungen verbunden wäre. Abs. 2 [5]).

1. Uebrigens ist unter Naturalherstellung nur eine solche zu verstehen, welche Aussicht auf dauernden Bestand gewährt [6]).

2. Sodann ist auch der Gläubiger nicht unbedingt auf das Verlangen der Herstellung verwiesen, wo letztere an sich stattfinden kann [7]). Auch seine Interessen sind in dieser Hinsicht zu berücksichtigen. Vor Allem braucht er auf die Herstellung nicht unbegrenzt zu warten, insbesondere den Schuldner nicht ihretwegen in Verzug zu setzen, sondern er kann nach Ablauf gewisser Zeit von sich aus vom Herstellungsanspruch auf das Verlangen der Geldentschädigung übergehen. Dies geschieht durch eine Fristsetzung. Der Gläubiger hat das Recht, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Herstellung zu bestimmen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne. Erfolgt dann die Herstellung nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger nach Ablauf der Frist den Ersatz in Geld verlangen; der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen. § 250. Die Erklärung des Gläubigers hat also auch für ihn selbst bindende Kraft: sie ist einseitiges (empfangsbedürftiges), aber für beide Parteien gleichmäßig wirkendes Rechtsgeschäft. Die Fristsetzung resp. das fruchtlose Verstreichenlassen der Frist von Seiten des Gegners bestimmt endgültig über die weiteren Rechte der Parteien [8]).

---

5) Hierdurch entsteht für den Ersatzschuldner eine sog. facultas alternativa. S. u. § 153 Ziff. 2. Z. B. die Ersatzpflicht gründet sich auf einen Konstruktionsfehler beim Bau eines Hauses. Der Gläubiger kann nicht den Abbruch des Hauses verlangen, um den Fehler zu beseitigen. Der Ersatz kann in Geld geleistet werden.

6) Sonst ist sie nicht ausreichend. S. o. Note 4.

7) Das Bestehen darauf brächte dem Gläubiger mehr Weiterungen als Gewinn. Er müßte auf die Wiederherstellung klagen und entweder die Naturalexekution versuchen oder nach § 283 BGB. verfahren, wodurch er doch nur wieder Geld erhielte. S. darüber unten § 159 Ziff. II.

8) Das Recht der Fristsetzung an den Gegner mit Präklusivwirkung kommt im Gesetz sehr häufig vor; es ist am vorliegenden einfachsten Fall gewissermaßen paradigmatisch zu entwickeln. Vgl. ausführlich Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Heft: Fristbestimmung (1901). Doch ist den Ergebnissen der förderlichen Schrift nicht in allen Theilen zuzustimmen. — Statt zu der im Text besprochenen „Herstellung" wird die Frist

a) häufig zur Bewirkung einer anderen Leistung gesetzt (z. B. in den Fällen §§ 283, 326, 354, 542, 634, 643, 910, 1133, 1220, 2193 Abs. 2 BGB.) mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist entweder die in Rede stehende Leistung abgelehnt oder das Vertragsverhältniß der Parteien gekündigt werde (so in § 643 BGB.) u. s. w.

Mit Rücksicht hierauf ist das Detail der Fristbestimmung von besonderer Wichtigkeit (denn davon hängt die beabsichtigte Wirkung ab).

a) Die Frist muß angemessen sein. Ob sie dies ist, beurtheilt sich nach den Umständen des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. In der Regel wird der Erklärende selbst die Zeit bezeichnen, innerhalb deren er die Leistung des Gegners erwartet. Ist die gesetzte Zeit zu kurz (unangemessen), so hat die Fristsetzung die beabsichtigte Präklusivkraft nicht: denn innerhalb der Frist braucht der Gegner zur Vermeidung der Folge nicht zu leisten; und die gesetzte Frist ohne Weiteres auf einen ihm geeignet scheinenden Zeitraum zu verlängern und in diesem zu leisten, kann dem Gegner nicht zugemuthet werden, da er nicht wissen kann, welche Gründe den Erklärenden zur Setzung der kürzeren Frist bestimmten und ob diese Gründe nicht durchschlagend sind. Dagegen kann der Erklärende seinerseits, ohne genauere Benennung, einfach eine „angemessene Frist" setzen, womit er sagt, daß von seiner Seite derartige außergewöhnliche Momente, die auf die Fristdauer Einfluß haben, nicht vorhanden sind[9]). In diesem Falle kann der Gegner die Sachlage selbst beurtheilen; im Streitfall entscheidet das Gericht nach objektiver Würdigung des Falles, ob die Leistung noch binnen angemessener Zeit (rechtzeitig) erfolgte.

b) Die Erklärung des Gläubigers gibt bis zum Ablauf der Frist dem Gegner ein Recht auf Herstellung resp. die dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Leistung, soweit sie der Gläubiger nicht aus anderen Gründen ablehnen kann, z. B. mit dem Nachweis, daß die Herstellung für ihn interesselos geworden sei.

c) Der Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Herstellung in Natur für den Gläubiger kein Interesse mehr hat[10]). Er kann dann den

---

b) Oder die Frist wird nicht zu einer Leistung, sondern zur Vornahme einer Erklärung des Gegners gesetzt (so in §§ 264 Abs. 2, 355, 415, 466, 496, 516, 974, 1003, 1056 Abs. 3, 1347, 2307 BGB.) mit der Folge, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Erklärungsrecht des Gegners erlischt oder die Erklärung als in einem bestimmten Sinne erfolgt angenommen wird 2c.

Wie man sieht, handelt es sich um ein Institut, dessen Bedeutung weit über das Recht der Schuldverhältnisse hinausgeht. Doch ist eine abstrakte Darstellung unthunlich. Wir behandeln es im Anschluß an die einzelnen Fälle.

9) Wer einfach eine „angemessene Frist" setzt, überläßt schon selbst die Entscheidung über die zweckmäßige Dauer dem arbitrium des Richters. — Die hier gegebene Lösung entspricht dem Art. 356 des alten HGB. Im Wesentlichen stimmen ihr zu Planck § 250 Note 2, Schollmeyer eod. Note 5, Oertmann eod. Note 3, Enneccerus § 162 Ziff. II. A. M. Cosack § 91 Note 12, § 105 zu Note 25, Dernburg § 33 Ziff. 4, Titze, Unmöglichkeit S. 147, Romeick S. 34 ff. Die Gründe der Praktikabilität des Rechts für letztere Meinung sind nur scheinbare.

10) Dies folgt ohne Weiteres aus dem Begriff des Schadensersatzes (s. o.)

Schadensersatz sofort in Geld verlangen. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner bereits erklärt hat, in natura nicht leisten zu wollen. S. o. Note 8.

Umgekehrt kann der Gläubiger, wenn er dem Gegner eine Frist gesetzt hatte und diese verstrichen ist, ohne Nachweis, daß die Nachholung für ihn kein Interesse mehr habe, den Geldersatz fordern; denn das Recht zur Nachholung ist durch den Fristablauf überhaupt beseitigt.

d) War die Verletzung des Schuldverhältnisses nur eine theilweise — sei es in quantitativer oder in qualitativer Hinsicht —, so kann die Frist auch wegen der in concreto vorliegenden theilweisen Zuwiderhandlung mit der Erklärung bestimmt werden, daß mangels Nachholung des Fehlenden innerhalb der Frist die ganze Leistung, also auch der bereits empfangene Theil abgelehnt werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann dann der Gläubiger gegen Rückerstattung des Empfangenen (gemäß §§ 346 ff. BGB.) sein Ersatzrecht in Geld wegen Zuwiderhandlung gegen den ganzen Inhalt des Schuldverhältnisses verfolgen. Arg. §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 326 Abs. 1 i. f. 2c. Kann der Gläubiger nachweisen, daß das Geleistete so wie es vorliegt, ohne Interesse für ihn ist, so hat er dasselbe Recht auch ohne Fristsetzung (lit. c).

e) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn der Schuldner binnen der ihm gesetzten Frist die Herstellung nur theilweise bewirkt. Hier kann der Gläubiger

α. das Empfangene behalten und für den Rest Schadensersatz in Geld verlangen;

β. er kann aber auch das Geleistete, selbst wenn er es angenommen hat, mit Bezug auf die mangelnde Vollständigkeit ablehnen und Schadensersatz in Geld wegen totaler Nichterfüllung verlangen, wenn er den Nachweis führt, daß das Geleistete, so wie es vorliegt, kein Interesse für ihn hat. Hinsichtlich der Rückgabepflicht des Empfangenen gelten die Grundsätze lit. d. Auch hier ist die mangelnde Vollständigkeit nicht blos quantitativ, sondern auch qualitativ zu verstehen.

γ. Endlich kann der Gläubiger, um dem Nachweis der Interesselosigkeit des Geleisteten zu entgehen, dem Schuldner für die Bewir-

---

und der Fristsetzung, die hier eben mit angemessener Zeitspanne unmöglich ist. S. auch oben Note 4. In anderen Fällen der Fristbestimmung (z. B. § 326 i. f. BGB.) ist es ausdrücklich gesagt. — Der Gläubiger hat seine Interesselosigkeit an der Naturalherstellung, und im folgenden Textfall die Weigerung des Schuldners zur Naturalherstellung zu beweisen, soweit er nicht ausnahmsweise ein Wahlrecht zwischen Naturalherstellung und Geldentschädigung hat (s. u. bei Note 14 ff.).

kung des Restes eine neue Frist setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die ganze Herstellung (einschließlich des schon Geleisteten) ablehnen werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist hat dann der Gläubiger die Rechte von lit. d.

f) Die Fristsetzung verträgt nicht die Zufügung einer Bedingung. Doch kann der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch auf Schadensersatz im Wege der Klage verfolgt, zunächst sein primäres Recht (auf Herstellung) einklagen und daneben die Fristsetzung in der Weise verlangen, daß sie dem Schuldner im Urtheil bestimmt wird. Arg. § 255 Abs. 1 CPO.[11]).

g) Ist streitig, ob die Herstellung ordnungsmäßig vor Ablauf der Frist erfolgt sei, so hat der Gläubiger Fristsetzung und Ablauf der Frist, der Schuldner die innerhalb dieser Zeit erfolgte Bewirkung des ihm Obliegenden zu beweisen.

3. Der Geldersatz ist Ausgleichung des vom Beschädigten erlittenen Nachtheils durch Geldzahlung. Weil der Beschädigte nicht das erhält, was er erhalten soll, wird ihm auf andere Weise in seinem Vermögen etwas zugesetzt. Nach § 253 BGB. soll der Geldersatz regelmäßig nur bei Vermögensschäden eintreten. Immerhin gibt es Ausnahmen (z. B. §§ 847, 1300 BGB.), in denen eine sog. „billige Entschädigung" zugelassen wird[12]).

Soweit Geldersatz zulässig ist[13]), tritt er nach Ziff. 2 regelmäßig erst hinter ausreichender (resp. dem Schuldner zuzumuthender) Naturalherstellung ein (§ 251). Ausnahmsweise kann aber der Gläubiger sofort auf Geldentschädigung dringen, nämlich wenn es sich um die Verletzung von Personen oder um Sachbeschädigung handelt. § 249 Satz 2. Hier braucht der Verletzte die beschädigte Person oder Sache nicht einem Versuch des Schuldners auszusetzen, sie in natura wieder-

11) Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall ist aber geradeso streitig wie die Frage, wann die im Urtheil bestimmte Frist zu laufen beginnt (ob mit der Rechtskraft oder schon mit Verkündung des Urtheils). Vgl. hierzu die Kommentare zur Civilprozeßordnung, ferner Planck zu § 250 BGB. Note 5, Romeick S. 103 ff.

12) S. o. § 141 gegen Ende. Eine vollständige Ausgleichung erscheint hier wegen Inkongruenz von Geld mit der Art der Verletzung ausgeschlossen. Der Fall ist hier nicht weiter zu berühren.

13) Auch bei Ersatz von Vermögensschäden ist nach dem Obigen nur das pekuniäre Element in Anschlag zu bringen. Die Berücksichtigung des sog. Affektionsinteresses wird vom Gesetz im Anschluß an das römische (vgl. l. 33 pr. Dig. ad. l. Aquil. 9, 2) und im Gegensatz zum preuß. Recht (A.LR. I Tit. 6 §§ 87, 96 ff., Tit. 11 § 880) abgelehnt. A. M. Dernburg § 33 i. f. Indessen das richterliche Ermessen darf nicht weiter gehen, als das Gesetz einen ersatzfähigen Schaden anerkennt. — Anders liegt der u. Note 16 i. f. besprochene Fall.

herzustellen, sondern kann den dazu[14]) erforderlichen Geldbetrag verlangen. Der Gläubiger hat also hier einen wahlweisen Anspruch[15]). Immerhin steht die Vorschrift des § 249 unter der allgemeinen Regel von Treu und Glauben. Der Gläubiger wird daher die Annahme der Herstellung dann nicht verweigern dürfen, wenn es sich bei der letzteren nicht um einen (möglicherweise fehlschlagenden) Versuch, sondern um eine nach jeder Richtung hin befriedigende Wiederherstellung handelt[16]).

II. Besondere Schwierigkeiten macht die richtige Bemessung des Vermögensersatzes.

1. Der zu ersetzende Schaden ist der Nachtheil gerade dieser durch das schädigende Ereigniß betroffenen Person. Von deren Standpunkt aus ist zu beurtheilen, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, und dessen Umfang. Die Schadensberechnung erfolgt also durchaus nach individuellem Maßstab: unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Geschädigten. Wir bezeichnen den zu ersetzenden Schaden daher als Interesse. Dem Gläubiger ist sein persönliches (in Geld geschätztes) Interesse an der Nichtbeschädigung zu erstatten[17]). Wo einfach von Schadensersatz die Rede ist, ist regelmäßig dieses Interesse gemeint (z. B. in §§ 249, 251 BGB.)[18]). Denkbar wäre auch eine andere Schätzung, nämlich nach allgemeinem für Jedermann zutreffenden Maßstabe. Dies wäre der Nachtheil, den das schadenstiftende Ereigniß unter gewöhnlichen Verhältnissen für Jeden mit sich bringen würde. Diese Schadensberechnung führt bei Entziehung oder Beschädigung von Gegenständen regelmäßig auf den gewöhnlichen

---

14) Bei Vornahme durch ihn selbst (natürlich unter der Voraussetzung ordnungsmäßiger Vornahme). Aber oft sind die Kosten des Verletzten größer als die vom Verletzer aufzuwendenden, z. B. weil dieser Fachmann ist.

15) S. über die Wahlschuld unten § 153. Die Wahl wird durch Erklärung im Sinne des § 263 BGB. ausgeübt.

16) S. o. § 142 besonders gegen Ende und die Ausführungen Bd. I § 36 über die exceptio doli für den Fall, daß der Gläubiger nach vollständig gelungener Naturalherstellung noch den Gelderſatzanspruch erheben wollte. Z. B. der Buchbinder liefert zum Ersatz für das beschädigte ein anderes gleichwerthiges Exemplar des Buchs. — Anders wenn die beschädigte Sache für den Gläubiger ein besonderes Interesse (auch nur einen Affektionswerth) hat. Denn diesem steht hier der § 249 BGB. und nicht minder auch Treu und Glauben ꝛc. zur Seite.

17) Schon die Römer sagten, er erhält das omne quod interest eius rem habere u. dgl. Vgl. z. B. l. 1 pr. Dig. de A. E. et V. 19, 1. Z. B. wird mir widerrechtlich mein Haus zerstört oder entzogen, so besteht mein Interesse nicht blos im objektiven Werth des Hauses, sondern darin, was ich aufwenden muß, um unter den gegebenen Verhältnissen eine andere Wohnung zu erhalten.

18) Jedoch ohne Berücksichtigung eines bloßen Affektionsinteresses. S. § 253 BGB. und oben Note 13.

Kaufwerth des Gegenstandes. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht hier von Wertherſatz[19]) im Gegensatze zur Entschädigung. Z. B. in §§ 346, 593 Abs. 2, 818 Abs. 2, 915, 1039 Abs. 1, 1067, 1477 Abs. 2, (1546 Abs. 2, 1549), 1502[20]). Als Schadensersatz wird der Ersatz des gemeinen Werthes ausnahmsweise für genügend erklärt in §§ 430, 611 HGB. bei Fracht-[21]) und nach dem Postgesetz bei Postsendungen[22]).

Als ersatzfähiges Vermögensinteresse kann übrigens nur ein von der Rechtsordnung im Allgemeinen anerkanntes Interesse in Betracht kommen; denn das Gesetz kann nicht im Wege des Ersatzes zusprechen, was es sonst mißbilligt[23]). Im Uebrigen ist das Interesse

a) entweder ein sog. positives Erfüllungs- oder negatives Interesse, je nachdem der Schaden aus der Nichterfüllung einer bestehenden Verpflichtung oder aus dem Nichtzustandekommen einer solchen hergeleitet wird. Von diesem Schaden ist also nur im Anschluß an Geschäftsabschlüsse die Rede[24]). Ist das Geschäft zu Stande gekommen aber nicht ordnungsmäßig erfüllt, dann verlangt der Geschädigte (positiv) Alles, was er in seinem Vermögen haben würde, wenn das aus dem Geschäft Geschuldete richtig geleistet worden wäre. (Man spricht auch vom Erfüllungsinteresse.) Ist das Geschäft nicht zu Stande gekommen, so kann ein Schadensersatzanspruch nur darauf gegründet werden, daß die eine Partei nach dem Verhalten der anderen auf das Zustandekommen des Geschäfts vertrauen durfte und in diesem Vertrauen getäuscht worden ist (negatives Geschäftsinteresse). Dasselbe wird[25]) vom Gesetz nur in besonderen

---

19) Die Römer reden von dem Ersatz der vera rei aestimatio. Vgl. l. 193 Dig. de V. S. 50, 16. Man redet bei uns auch vom gemeinen Werth.

20) Aehnlich ist in §§ 1973 Abs. 2, 1992 i. f., 2170 Abs. 2 von Abwendung eines Anspruchs auf bestimmte Gegenstände durch Zahlung ihres Werthes u. dgl. die Rede. Ueber den gemeinen Werth im Sinn der preuß. Steuergesetze s. noch Fuisting in d. deutschen Juristenzeitung 1899 S. 26.

21) Für gänzlich oder theilweise verlorenes Frachtgut. Hier wird der gemeine Handelswerth des Frachtguts zu Grunde gelegt.

22) Vorbehaltlich der etwa hier stattgefundenen Deklaration, in welchem Fall die Post den geringeren gemeinen Werth der Sendung nachzuweisen hat. § 8 RPostG. v. 28. Okt. 1871.

23) In dieser Hinsicht kommen die allgemeinen Grundsätze Bd. I §§ 79 u. 85 auch hier in Betracht. Z. B. der Bordellgewinn aus dem vorenthaltenen Hause kann nicht als Schadensersatz in Rechnung gestellt werden. Vgl. Dernburg § 24 Note 14. Entsch. d. RG. bei Seuff. Bd. 46 S. 279.

24) Nicht nothwendig an einem gültigen Geschäftsabschluß. Denn das negative Geschäftsinteresse setzt gerade das Nichtzustandekommen des Geschäftes voraus.

25) Falls nicht der Thatbestand eines Delikts (Betrug 2c.) vorliegt, in welchem Falle einfach die Deliktsgrundsätze Anwendung finden.

Fällen zugesprochen [26]). Vgl. §§ 122, 179, 307 (309) BGB. [27]). Der Schadensersatz begreift hier dasjenige, was der Geschädigte durch sein getäuschtes Vertrauen auf das Zustandekommen des Geschäftes verlor [28]).

b) Das Interesse ist entweder effektiver Schaden oder entgangener Gewinn. Ersterer begreift dasjenige, was dem Beschädigten aus seinem Vermögen durch das schädigende Ereigniß wirklich entzogen worden ist, — letzterer auch das, was dem Vermögen des Verletzten ohne dieses Ereigniß zugeflossen wäre. § 252 BGB. Die Ersatzberechnung ist in beiden Fällen nicht gleich, trotz des an sich immer gleichen Prinzips der Verursachung. Allerdings kann hiernach nie Ersatz eines Nachtheils verlangt werden, für den das fragliche Ereigniß nicht eine erkennbar (objektiv) geeignete Bedingung war [29]). Wir sahen aber auch schon, daß das Gesetz gerade für den Umfang der Schadensersatzpflicht eine positive Grenze aufstellt und zwar im Anschluß an die beiden Arten der Schadenszufügung [30]). Dies geschieht, um einer allzu laxen Auffassung des Schadensbegriffs entgegenzutreten. Hiernach wird als entgangener Gewinn nur derjenige angesehen, den der Beschädigte mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte: sei es nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge [31]) oder den getroffenen besonderen Anstalten und Vorkehrungen [32]). Als effektiver Schaden wird nur derjenige Nachtheil anerkannt, den der Beschädigte sich nicht durch konkurrirendes „eigenes Verschulden" selbst zuzu-

---

26) Im Interesse des gutgläubigen Verkehrs. — Ueber zwei der wichtigsten Fälle des negativen Geschäftsinteresses s. schon oben Bd. I §§ 92 Ziff. 3 u. 106 gegen Ende.

27) Bald wird ein Verschulden des Gegners des Getäuschten vorausgesetzt (culpa in contrahendo), bald nicht (reine Haftung für das neg. Interesse).

28) Vor Allem Unkosten, Auslagen u. dgl. Aber auch den durch das Versäumen einer anderen ähnlichen Geschäftsgelegenheit entstandenen Schaden: z. B. wenn der Gegenstand jetzt nicht mehr oder nur noch zu erhöhtem Preise zu haben ist.

29) S. o. Bd. I § 108, besonders auch zu Note 13 u. 14.

30) S. a. a. O. Ziff. 3 lit. a u. b.

31) Was der gewöhnliche Lauf ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein, z. B. bei Entziehung einer an sich kündbaren Stellung. Die Kündbarkeit wird, falls zur Zeit kein Anlaß zur Kündigung vorlag, regelmäßig nicht in Betracht gezogen; umgekehrt auch kein eventuelles Aufrücken in der Dienststellung, falls sie nicht nach Art der Anstellung im Lauf der Zeit schematisch erfolgt. Vgl. Entsch. d. RG. in Seuff. Archiv Bd. 49 S. 416, Bd. 46 S. 305.

32) Gleichgültig ob diese besonderen Vorkehrungen von dem Beschädigten ausnahmsweise oder seiner gewöhnlichen Betriebsamkeit entsprechend getroffen waren. — Wo keine besonderen „Vorkehrungen" als thatsächliche Maßnahmen möglich sind, genügt die Feststellung der vorhandenen Absicht einer Maßnahme: z. B. Absicht des Verkaufs von Werthpapieren.

schreiben hat[33]), z. B. indem er die zur Abwendung des Schadens[34]) geeigneten ordnungsmäßig zu erwartenden Vorkehrungen nicht traf, oder gar den Schaden absichtlich weiter um sich greifen ließ[35]). Hier soll der Richter nach den Umständen ermitteln, inwieweit der Schaden vorwiegend von der einen oder anderen Partei verursacht worden ist, und demgemäß nur zum Ersatz desjenigen Schadens verurtheilen, der dem Gegner des Geschädigten zur Last fällt. § 254 Abs. 1. War der Schadensumfang vom Thäter nicht vorherzusehen, so hat er den unvorhersehbaren Schaden dann nicht zu ersetzen[36]), wenn er ungewöhnlich hoch[37]), und der Verletzte in der Lage war, den Thäter auf die Gefahr des höheren Schadens aufmerksam zu machen, diese Warnung jedoch unterlassen hat[38]). § 254 Abs. 2. Diese Unterlassung berechtigt den Richter zur freien Schadensvertheilung nach Maßgabe der Umstände.

2. Mit dieser Maßgabe kann Ersatz des ganzen Schadens verlangt werden, der bis zur Zeit der Interesseforderung — im Prozeß darüber hinaus bis zur Zeit des Urtheils — aufgelaufen ist[39]); es sei denn, daß das Interesse selbst auf einen anderen Zeitpunkt als den maßgebenden hinweist[40]), oder daß die Parteivereinbarung einen anderen Zeitpunkt für maßgebend erklärte[41]).

a) Handelt es sich um den Ersatz des Werthes eines Gegenstandes und hat dieser seit Eintritt des schädigenden Ereignisses gewechselt, so hat die Werthbestimmung nach Maßgabe des Zeitpunkts zu erfolgen, in welchem der Gegenstand dem Gläubiger entzogen[42]) worden ist. Bei Unmöglichkeit der Leistung ist dies im Allgemeinen der Zeitpunkt der Interesseforderung resp. des darüber ergehenden

33) S. o. Bd. I § 111.
34) Des Schadens überhaupt oder des behaupteten Schadensumfangs.
35) Beispiele in § 111 Note 9 und über das Prinzip selbst a. a. O. bei Note 7 u. Cit.
36) Aus demselben Gesichtspunkt, weil der Verletzte ihn sich unter den gegebenen Voraussetzungen selbst zuzuschreiben habe. S. jedoch hierzu noch die folgende Note.
37) Dieses objektive Moment muß zu dem subjektiven, der Vorhersehbarkeit des Schadens für den Thäter, noch hinzutreten.
38) Beispiele Bd. I § 111 Note 10.
39) S. auch Dernburg § 30 Ziff. II, Planck § 252 Note 1, Schollmeyer § 252 Note 5 und in Betreff des nach Prozeßbeginn eingetretenen Schadens auch oben Bd. I § 129 bes. Ziff. 2 lit. d.
40) S. das Beispiel in l. 8 § 1 Dig. de edendo 2, 13.
41) Wie die Parteien das Interesse überhaupt vertraglich fixiren können (s. u. § 178: Vertragsstrafe), so können sie auch die Ersatzberechnung auf einen besonderen kritischen Zeitpunkt abstellen.
42) D. h. aus seinem Vermögen gebracht.

Urtheils[43]). Doch kann der Gläubiger einen höheren Werth der Zwischenzeit verlangen, wenn ihm α) aus der nicht eingehaltenen Zeit der Leistung besondere Ansprüche erwachsen (wie z. B. bei Fixgeschäften und beim Verzug)[44]), ferner auch β) der Gläubiger beweisen kann, daß er sich den Werth der Zwischenzeit durch Veräußerung des Gegenstands vor Sinken der Preise definitiv zu eigen gemacht hätte. Kann er diesen Beweis führen, so darf er den höheren Werth der Zwischenzeit selbst dann fordern, wenn die Leistung gar nicht unmöglich geworden ist, also nur Verzug vorliegt und der Gegenstand noch unversehrt geliefert werden kann[45]).

b) Wieder anders gelagert ist der Fall, da nicht ein Gläubiger wegen Nichtleistung des Gegenstandes Ersatz fordert, sondern der Eigenthümer einer Sache wegen deren Zerstörung oder Beschädigung. Dieser kann immer nur sein Interesse zur Zeit der Zerstörung oder Beschädigung verlangen; denn in diesem Augenblick ist ihm die Sache entzogen[46]).

c) Auf den hiernach kritischen Zeitpunkt beziehen sich auch die §§ 290, 849 BGB. Sie bestimmen, daß der Geschädigte vom gleichen Zeitpunkt Zinsen des geschuldeten Ersatzbetrags fordern darf[47]).

3. Das Interesse ist bisher (normalerweise) immer als das Interesse des Gläubigers selbst an der Erfüllung aufgefaßt worden. Es kommt aber auch vor, daß das Schuldverhältniß im Interesse eines Anderen eingegangen ist und der Gläubiger seinerseits kein persönliches Interesse an der gehörigen Leistung hat[48]). Kann er alsdann den Schaden des Dritten einfordern? Allgemein ist

---

43) Denn der Gläubiger kann sagen, daß er dann einen Gegenstand von diesem Werthe bekommen hätte. Anders das röm. Recht (vgl. l. 3 Dig. de cond. trit. 13, 3), wenn die Sache vorher untergegangen war (wegen Schwierigkeit der Abschätzung einer Sache nach ihrem Untergang). Aber die Schwierigkeit eines Beweises darf uns nicht abhalten, ihn zu fordern. Vgl. zu den Fragen des Textes auch Büff im Archiv f. civ. Praxis Bd. 33 S. 101, 241; Mommsen S. 217 ff. u. Beiträge Bd. 3 S. 211 (der auch schon die Beseitigung der cit. Stelle versuchte), Cohnfeldt S. 29, 248 ff., Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 376 ff.

44) S. darüber unten §§ 159, 161 ff.

45) Zur Bemessung des Schadensersatzes aus dem Verzuge.

46) Ganz, oder bei Beschädigung theilweise! Das Prinzip ist dasselbe.

47) S. o. § 149 Note 20 ff.

48) Z. B. als Kommissionär, Spediteur. Oder der Verkäufer der Waare beauftragt einen Anderen, dem Käufer die gekauften Waaren zu überbringen. — Voraussetzung unseres Problems ist stets, daß der Gläubiger in eigenem Namen gehandelt hat und daß kein Vertrag zu Gunsten Dritter (s. u. § 180) vorliegt: denn dann hat der dritte Interessent unmittelbar eigene Rechte wider den Schuldner.

dies nicht gestattet: es würde die Sicherheit des Verkehrs vollkommen untergraben. Denn welches Geschäft geht nicht noch einen Dritten an? Die obigen Grundsätze über den ersatzfähigen Schaden sind auch hier anzuwenden [49]). Danach ist

a) das Interesse des Dritten, auf dessen Rechnung das Geschäft geht [50]), nur dann zu Grunde zu legen, wenn der Schuldner beim Geschäftsabschluß genügende Kenntniß davon hatte oder haben mußte, daß das Geschäft den Dritten angehe: daß der Handel vorzugsweise in dessen Interesse abgeschlossen sei. Hier hat der Schuldner das Interesse des Dritten zu ersetzen, weil es zum maßgebenden Bestandtheil der Verpflichtung erhoben worden ist [51]).

b) Fehlt diese Kenntniß oder dieses Kennenmüssen, so haftet der vertragsbrüchige Schuldner wenigstens insoweit, als er überhaupt einmal Schadensersatz zu leisten hat. Er kann sich nicht auf Grund des mangelnden eigenen Interesses des Gläubigers jeder Verpflichtung entziehen [52]). Daraus folgt: der Schuldner haftet hier nicht schlechthin auf das Interesse des Dritten, von dessen Betheiligung er nichts weiß; aber er haftet ihm nach Anleitung der §§ 252, 254 BGB. auf den nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eintretenden Schaden (wie er allgemein aus der fraglichen Handlung entstehen würde) [53]).

---

49) Vgl. über diese schwierige Frage namentlich Zimmermann im neuen Archiv f. Handelsrecht Bd. 1 S. 48—82; Windscheid, Pand. II § 258 Ziff. 3 (der aber zu weit geht); Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 300 bis 311; v. Thur in Grünhut's Ztschr. Bd. 25 S. 529—581; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 82—92; Regelsberger in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 251—288 (unter Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten). S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 259, Bd. 14 S. 400, Bd. 17 S. 78, Bd. 22 S. 258 u. d. RG. Bd. 27 S. 125, Bd. 40 S. 174 u. 189 ff. u. aus dem röm. Recht l. 14 Dig. si quis caut. 2, 11; l. 28 Dig. de negot. gest. 3, 5; l. 8 § 3 Dig. mandati 17, 1; l. 81 § 1 Dig. de V. O. 45, 1.

50) Natürlich in den Schranken (o. Ziff. 1), in denen überhaupt ein Schaden ersetzt wird.

51) Die betreffende Klausel ergibt sich nicht selten ohne Weiteres als gewollt aus den Umständen des Falles. S. o. Bd. I § 86 u. die Beispiele bei Crome a. a. O. S. 302. Titze, Unmöglichkeit S. 139 Note 28 bezeichnet dies als zu eng. Das von ihm gebrachte Gegenbeispiel ist abwegig.

52) Dies folgt aus dem Begriff des Schuldverhältnisses, das aufhören würde ein rechtliches Verhältniß (iuris vinculum) zu sein, wenn der Schuldner sich haftlos jeder Verpflichtung entziehen könnte. Es folgt nicht minder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, unter welchem das ganze Schuldrecht steht. S. § 242 BGB. Vgl. Crome a. a. O. S. 303 ff.

53) Beim Werthersatz von Sachen ist dies vielfach nur der gewöhnliche Kaufwerth der Sache. Darüber hinaus kann man hier nicht gehen. — Vielfach ist der Schaden des Dritten auch der eigene Schaden des Gläubigers: dann nämlich, wenn dieser dem Dritten zufolge des unter ihnen bestehenden besonderen

4. Unter Schaden verstehen wir das Nettoergebniß des schädigenden Ereignisses: also abzüglich eines etwaigen daraus entspringenden Gewinnes. Wo sowohl Vortheile als Nachtheile auf jenes Ereigniß zurückzuführen sind, sind die Vortheile auf den ersatzpflichtigen Nachtheil anzurechnen.

Dies bedarf keiner Rechtfertigung.

Sehr schwierig dagegen ist die Beantwortung der Frage, wann man sagen kann, daß in concreto ein vorhandener Vortheil in dieser Weise mit dem schädigenden Ereigniß zusammenhänge[54]). Nur die Verursachungslehre[55]) kann hierauf befriedigende Antwort geben. Wie der ersatzpflichtige Schaden danach überhaupt auf dem vom Schuldner gesetzten und zu vertretenden Ereigniß beruhen muß, so muß es auch der abzugsfähige Vortheil[56]).

a) Hiernach ist die Bestimmung des letzteren verhältnißmäßig einfach, wenn der Vortheil auf demselben Ereignisse beruht, das auch den Nachtheil herbeigeführt hat. Hier ist unter Vergleichung

---

Rechtsverhältnisses ersatzpflichtig ist. Aber auch dann kann er nicht das gesammte Interesse des Dritten einfordern, weil § 254 Abs. 2 BGB. dem entgegensteht. S. o. zu N. 38. Zustimmend Regelsberger a. a. O. S. 273 (Detail: S. 274, 279 ff.), Hellwig a. a. O. S. 85. In anderen Fällen ist das Verhältniß des Gläubigers zum Dritten dahin zu verstehen, daß ersterer den Schadensersatz für Rechnung des Dritten beizutreiben und diesem alsdann herauszugeben hat.

54) Darüber sind zahlreiche Ansichten aufgestellt. Die herrschende Meinung war, daß eine und dieselbe Thatsache den Vortheil und den Nachtheil hervorgebracht haben müsse. Dies ist aber unzweifelhaft zu eng und in der Judikatur nicht festgehalten. Diese weitete den Begriff der Einheit des Thatbestandes gelegentlich so aus, daß er in allen Fugen krachte. S. z. B. Entsch. d. ROHG. Bd. 22 S. 184 („derselbe Umstand" dürfe nicht zu eng gefaßt, Zusammenhängendes nicht zerrissen werden) u. d. RG. Bd. 15 S. 73 (zwar wäre der nichtsäumige Käufer nicht zum Abschluß der Deckungskäufe verpflichtet und würde den daraus entspringenden Gewinn niemals dem Gegner erstatten müssen; wenn er aber Schadensersatz verlange, so verstehe der letztere sich immer nur abzüglich des Gewinnes). Vgl. hierzu Mommsen a. a. O. S. 193 ff.; Cohnfeldt S. 168 ff.; Eichhoff, Die Lehre v. d. compensatio lucri cum damno (1898) und jetzt vorzüglich Oertmann, Die Vortheilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (1901). S. auch Dernburg § 31; Endemann I § 128 I Ziff. 2.

55) S. o. Bd. I § 108. Oertmann S. 63 ff., 73 ff.

56) Ueber die möglichen Arten der abzugsfähigen Vortheile s. ausführlich Oertmann a. a. O. S. 203 ff. Es sind direkte positive Vortheile für den Geschädigten oder die Verhinderung von anderweitigen Nachtheilen, denen der Ersatzberechtigte ohne den in Frage stehenden zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand ausgesetzt war (Ersparung von Aufwendungen, Entstehung von Verbindlichkeiten 2c.). Ueber das „damnum emergens und lucrum cessans" s. schon meine Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 174 Note 12. Für abzugsfähig werden wir auch die Vortheile erklären, welche der Beschädigte zwar nicht wirklich erlangt hat, aber bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte erlangen können, sofern sich nach § 254 Abs. 1 BGB. sagen läßt, daß er sich den betreffenden Schaden selbst verursacht habe. S. o. Bd. I § 111 Note 8 ff. u. Oertmann S. 242.

von Nutzen und Schaden das Gesammtresultat zu erforschen[57]). Wir werden hier auch nicht ängstlich bei den unmittelbaren Wirkungen stehen bleiben, sondern[58]) alle Vortheile zu berücksichtigen haben, zu deren Herbeiführung das schädigende Ereigniß bei seinem Eintritt nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und unserem Erfahrungswissen objektiv geeignet war, z. B. bei der Enteignung[59]) auch den Mehrwerth der dem Enteigneten verbleibenden Parzellen[60]).

b) Beruht der Vortheil dagegen auf einem anderen als dem schadenstiftenden Ereigniß, so ist er im Allgemeinen nicht abzugsfähig; auch wenn die beiden Ereignisse zu einem und demselben Rechtsverhältnisse gehören, z. B. zu einem Kontokurrent, einem Dienstverhältniß oder Auftrag[61]). Ein solcher anderweitiger Entstehungsgrund des erlangten Vortheils ist es auch, wenn das schädigende Ereigniß lediglich Bedingung eines auf anderem Titel beruhenden Anspruchs des Geschädigten ist, z. B. eines Anspruchs aus Versicherung[62]), oder eines besonderen Unterhaltungsanspruchs[63]). S. auch § 843 Abs. 4 BGB.[64]) — Abzugsfähig dagegen sind die Vortheile, die zwar nicht

57) Z. B. der körperlich Verletzte verliert in Folge der Verletzung zwar seine Stellung, erhält aber seine gesetzliche Amtspension: der Schaden aus der verlorenen Anstellung ist nur unter Abzug der Pension zu verstehen. Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 47. Der Beamte, der ein fehlerhaftes und daher nichtiges Testament aufnimmt, haftet dem darin Eingesetzten nur unter Abzug von dessen Intestatportion (die letzterer nunmehr erhält) ꝛc. Andere Beispiele bei Oertmann S. 92 ff., Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 50, Bd. 40 S. 172.

58) In Anlehnung an das oben Bd. I § 108 Ziff. 3 Gesagte.

59) Unter dieser Voraussetzung! Also nicht schlechthin.

60) Zustimmend im Wesentlichen Grünhut, Enteignungsrecht (1873) S. 124 ff.; Schelcher, Enteignung (1893) S. 431; Oertmann a. a. O. S. 153 ff., A. M. G. Meyer, Expropriation (1868) S. 288 ff.; v. Rohland, Enteignungsrecht (1877) S. 81 ff.; Dernburg a. a. O. Ziff. 4.

61) Vgl. schon l. 23 § 1 Dig. pro socio 17, 2; l. 10 (11) Dig. de negot. gest. 3, 5. Z. B. der Geschäftsführer für mehrere Geschäfte darf den bei dem einen erzielten Vortheil nicht auf den bei den anderen angerichteten Schaden aufrechnen. Nur eine gewöhnliche Aufrechnung der Ansprüche und Gegenansprüche (s. u. §§ 191 ff.) aus dem Verhältniß kann hier eventuell in Frage kommen. Vgl. auch die Literatur- und Quellenübersicht bei Oertmann S. 170 ff.

62) S. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 50, Bd. 15 S. 114. Es muß aber eine wahre Versicherung sein, — bei Wittwen- und Waisengeldern z. B. wegen Tödtung des Familienvaters ein wirklicher Einkauf in eine Pensions- oder Versicherungskasse stattgefunden haben (sonst trifft der oben Note 57 erwähnte Gesichtspunkt zu). Hierzu noch Oertmann S. 111 ff. Bloße Zuschüsse des Verletzten zu gesetzlichen Pensionen kommen nicht in Betracht. Sie mindern nur das Amtseinkommen des Angestellten. — Ueber die Frage ob und inwieweit ein Uebergang der Ansprüche des Verletzten auf den Versicherer eine Modifikation begründe, s. Oertmann a. a. O. S. 123, 240 ff., 274, 281 ff.

63) Oertmann S. 107 ff. u. Cit. Vgl. übrigens § 4 RHaftpflichtG. und § 135 Abs. 2d UnfVersGes.

64) Aehnlich sind Geschenke, die der Verletzte anläßlich der Beschädigung

unmittelbar auf derselben Thatsache beruhen wie der Nachtheil, aber doch auf einem Element der ganzen Verursachungsreihe, die der Haftpflichtige durch seine Thätigkeit angeregt (in Bewegung gesetzt) hat. S. o. lit. a[65]). Abzugsfähig ist auch ein auf anderen als den schadenstiftenden Thatsachen beruhender Vortheil, wo der Verpflichtete nach Inhalt des Schuldverhältnisses nur auf eine wirthschaftlich zusammenzufassende Gesammtleistung haftet. Hier darf er den bei einigen Faktoren der letzteren erzielten Vortheil gegen Nachtheile bei anderen Faktoren aufrechnen[66]). Arg. §§ 102, 256 Satz 2 BGB.

5. Der vorstehende Gesichtspunkt führt noch weiter. Schon dadurch, daß der Schuldner etwaige Vortheile aus dem schadenstiftenden Ereigniß auf die Interesseforderung anrechnen darf, ist ausgesprochen, daß der Schuldner nicht doppelt leisten, der Gläubiger aus jenem Ereigniß nicht Doppeltes empfangen soll. Dies soll nun auch nicht in der Weise geschehen, daß der Ersatz[67]) dem Gläubiger gleichzeitig von zwei verschiedenen Seiten zufließt, z. B. bei nachlässiger Verwahrung der Sachen des Gläubigers gleichzeitig vom Verwahrer und demjenigen, welcher die Sachen während der Verwahrung entfremdet oder beschädigt hat. Vielmehr deckt hier der eine Ersatzanspruch den anderen. Sein Gegenstand bildet ein Surrogat der

---

von Dritten erhalten hat, nicht aufzurechnen. Vgl. Seuff. Archiv Bd. 25 Nr. 210. Oertmann S. 91, 105.

65) Hierhin gehört das obige Beispiel von der Enteignung; ferner z. B. der Fall, daß der Spediteur oder Frachtführer das Frachtgut in vertragswidriger aber billigerer Art versendet, wobei es zu Grunde geht (er darf, auf Ersatz des Gutes in Anspruch genommen, die Mehrkosten der bedungenen theureren Transportart abziehen). Aehnlich wenn ein Baumeister vertragswidrig mit billigerem Material baut und das Gebäude einstürzt. Vgl. Seuff. Archiv Bd. 10 S. 371, ferner die oben Note 54 cit. Entsch. des ROHG. u. RG. S. auch §§ 324 Abs. 1 S. 2, 615 Satz 2, 649 S. 2 BGB., die auf einem ähnlichen Gedanken beruhen.

66) Z. B. er soll ein Viergespann anschaffen, und ein Pferd ist werthvoller, ein anderes weniger werthvoll, als berechtigtermaßen zu erwarten war (die Sachen müssen aber im Sinne des § 469 Satz 2 als zusammengehörend angeschafft sein). — Oder Jemand hat einen Inbegriff von Gegenständen, z. B. ein Waarenlager, oder ein Vermögen (Sondervermögen 2c.) herauszugeben. Auch hier können sich die den einzelnen Gegenständen zugefügten Verbesserungen und Verschlechterungen ausgleichen. Dies folgt aus der Natur des Inbegriffs. Oder es ist der Gewinn aus einer Unternehmung (sei es im Ganzen, oder wie bei dem partiarischen Kontrakt, s. o. Bd. I § 76, pro rata zu restituiren. Hier bleibt immer noch das in l. 30 Dig. pro socio 17, 2 Gesagte zutreffend: neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto. Der Fall ist von dem in Note 61 besprochenen wohl zu unterscheiden.

67) Es handelt sich im Folgenden nicht um einen Vortheil, den der Geschädigte aus dem schadenbringenden Umstande verlangt, sondern um anderweitige Ansprüche, die dem Verletzten auf Grund des Eingriffes in seine Rechtssphäre zustehen. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 256ff., 276; Dernburg § 34.

Sache oder des beschädigten Rechts. Man könnte diesen Gegenstand (nach Ziff. 4) auf den anderen Anspruch verrechnen [68]), wenn nicht das Surrogat hier regelmäßig noch ganz unbestimmt, — auch seine Beitreibbarkeit oft ungewiß wäre. Der Beschädigte soll die Gefahr nicht laufen, sich auf den einen Anspruch etwas anrechnen zu lassen, was er mittelst des anderen möglicherweise gar nicht erhält. Der gegebene Ausweg ist daher, daß der Geschädigte gegen Erlangung des Schadensersatzes den anderen Anspruch an den Ersatzleistenden [69]) abzutreten hat [70]).

Dieser Ausweg war schon dem römischen Recht bekannt [71]). Unser Gesetz hat die Voraussetzungen der Abtretung näher geregelt. Nach § 255 BGB. kommt sie nur in Frage, wenn

a) für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz, und zwar Geldersatz [72]), zu leisten ist.

α. Der Verlust von Sachen liegt vor bei ihrem Untergang und bei vollständiger Zerstörung der Sache [73]); nicht bei bloßer Beschädigung, falls nicht die Sache zugleich dem Eigenthümer entzogen worden ist [74]), — nur unter Umständen kann wegen bloßer Beschädigung oder Entwerthung einer Sache gegen Herausgabe der letzteren selbst [75]) voller Ersatz des Werthes der Sache verlangt werden. Vgl. §§ 251, 280

68) Ueber die Frage, ob der Ersatzberechtigte gemäß Ziff. 4 diese Konsequenz ziehen und einfach die Differenz verlangen kann, s. Oertmann S. 279 ff.

69) Letzterem bleibt es dann überlassen, sich soweit möglich bei dem anderen Pflichtigen zu erholen.

70) Der erste Entwurf hatte den Uebergang der Ansprüche sogar kraft Gesetzes verfügt. Die Protokolle II. Lesung Bd. 1 S. 301 ergeben, weshalb man in dieser Hinsicht zum röm. Recht zurückkehrte. Uebertragung kraft Gesetzes findet beim Bürgen und Pfandschuldner statt. S. §§ 774, 1223 BGB.

71) Vgl. l. 21, 63, 69, 70 Dig. de rei vind. 6, 1; l. 6 § 4 Dig. nautae 4, 9; l. 3 § 1 Dig. de tribut. act. 14, 4; l. 25 § 8, l. 60 § 2 locati 19, 2; l. 12 Dig. de re iud. 42, 1; l. 54 § 3 Dig. de furt. 47, 2. Danach sind es zunächst die Ansprüche des Eigenthümers, deren Abtretung der Ersatzpflichtige wegen Nichtrückgabe der Sache verlangen kann; aber auch persönliche Ansprüche, die gegen einen für den Schaden vorwiegend verantwortlichen Dritten gerichtet sind. Oertmann S. 257 ff.

72) Von letzterem spricht § 255 BGB. zwar nicht ausdrücklich; die Beschränkung folgt aber aus der Natur der Sache. Oertmann S. 281; Schollmeyer § 255 Note 1.

73) Auch wenn die Trümmer noch vorhanden sind. Der wirthschaftliche Gesichtspunkt entscheidet.

74) Hier ist einfach der vom Ersatzpflichtigen zu leistende Schadensersatz um den der Sache noch verbliebenen Werth geringer. Oertmann S. 283.

75) An den Entschädigungsverpflichteten. Im Gegensatz zu den Ersatzansprüchen gegen Dritte wegen der Sache. — Das im Text Gesagte setzt aber voraus, daß das Behalten der beschädigten Sache für den Verletzten keinen Werth (kein Interesse) mehr hat.

Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.[76]). Endlich ist eine Sache auch dann verloren, wenn sie nicht untergegangen oder zerstört, sondern nur ihr Besitz dem Berechtigten entzogen worden ist, z. B. bei Diebstahl oder sonstigem Abhandenkommen der Sache[77]). Rechte sind dann verloren, wenn die Sache verloren wird, auf die das Recht geht[78]). Oder bei Versäumung rechtzeitiger Geltendmachung des Rechts[79]), auch im wirthschaftlichen Sinn, z. B. bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners[80]). Doch sind im letzteren Fall die abzutretenden Ansprüche wohl regelmäßig nur die Rudimente des entwertheten Rechtes selbst[81]).

β. Auf dieser Basis kann die Abtretung verlangt werden, wenn der Verlierer Schadensersatz begehrt. Der Grund der Ersatzpflicht ist gleichgültig. Es kann sich handeln um Schadensersatz aus absolutem oder relativem Unrecht[82]), aus der Haftung für Zufälle soweit eine solche besteht[83]), und sonstige Thatsachen[84]); insbesondere auch aus vertraglicher Uebernahme der Ersatzpflicht, z. B. auf Grund einer Versicherung[85]).

b) Die Abtretung bezieht sich auf die Ansprüche, welche dem Ersatzberechtigten auf Grund seines Eigenthums an der verlorenen Sache oder des verlorenen Rechtes zustehen[86]). Dies sind insbesondere die Ansprüche aus dem Eigenthum, mögen sie auf

---

76) Vgl. Dernburg § 34 i. f.; Oertmann a. a. O. S. 315 ff. und über das frühere Recht daselbst S. 307. — Dagegen kann nicht umgekehrt der Ersatzpflichtige, der blos nach Note 74 auf Ersatz der Werthminderung belangt wird, gegen Angebot des vollen Ersatzes die Ueberlassung der Sache fordern.

77) Auch eines Grundstücks, wenn die Rückgabe verweigert wird. Vgl. Oertmann S. 283 ff.; Schollmeyer § 255 N. 2. — Ueber den Fall rechtskräftiger Verurtheilung des Herausgabeverpflichteten nach § 283 BGB. s. noch Oertmann S. 285 u. unten § 159.

78) Z. B. der Nießbrauch, das Pfandrecht werden durch Abhandenkommen der Sache geschädigt, auf welche sie gehen.

79) Z. B. bei befristeten Rechten. Oder durch Nichtgeltendmachung des Rechtes bis zum Ablauf der Verjährungszeit.

80) Ebenso Dernburg § 34 II lit. f.; Oertmann a. a. O. S. 304; Planck § 255 Note 2. Entsch. d. ROHG. Bd. 14 S. 400.

81) Insofern steht der Fall dem oben Note 75 besprochenen ähnlich. Dennoch fällt er unter § 255 BGB. (letzterer ist nicht mit Schollmeyer eod. Note 2b auf den Verlust dinglicher Rechte zu beschränken). Wörtlich ist die Abtretung von Ansprüchen „auf Grund eines verlorenen Rechtes" überhaupt nicht zu nehmen. Die Fassung ist ungenau.

82) §§ 823 ff., 275 ff. BGB. Einschließlich auch auf Grund der Haftung für dritte Personen ꝛc. (§§ 831 ff., 278 BGB.).

83) Vgl. o. Bd. I § 110.

84) Z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag.

85) Oertmann a. a. O. S. 281 ff.

86) Von den Fällen der Abtretung der Sache selbst oder der Ueberreste des entwertheten Rechts war schon die Rede. S. o. Noten 75 u. 81.

Herausgabe der Sache[87]) oder auf Schadensersatz[88]) gerichtet sein; aber auch persönliche Ersatzansprüche auf Grund des Eigenthums[89]), die dem Ersatzberechtigten wider einen Dritten zustehen, z. B. aus deliktischer Verletzung des Eigenthums[90]).

Schon die Fassung des Gesetzes stellt außer Zweifel, daß auf Grund der mehrfachen Haftung nur der zuerst belangte Vertragsschuldner[91]) die Abtretung der Ansprüche des Beschädigten wider den Deliktsschuldner fordern kann, nicht umgekehrt der Deliktsschuldner[92]). Wird dieser zuerst in Anspruch genommen, so befreit[93]) dessen Ersatzleistung einfach den Vertragsschuldner[94]). Haften die mehreren Ersatzverpflichteten deliktisch, so kann jedoch der § 255 nicht zur Anwendung gelangen, soweit die verschiedenen Betheiligten einander antheilsmäßig zur Ausgleichung verpflichtet sind[95]).

Hat der Beschädigte wirklich doppelten Ersatz erhalten, z. B. weil er den entzogenen Gegenstand nachträglich vom eigentlichen Schadenstifter zurückerhielt, so hat der andere zunächst Belangte im Rahmen der obigen Regeln einen Anspruch auf Erstattung der dadurch eingetretenen ungerechtfertigten Bereicherung[96]). Die Bereicherung besteht hier in dem zuviel erhaltenen Geldersatz. Den zurückerhaltenen Gegenstand braucht er selbst dann nicht herauszugeben, wenn er den Anspruch darauf seinerzeit dem Belangten abgetreten hatte[97]).

---

87) §§ 985, 1005 BGB.

88) §§ 989 ff. BGB.

89) Nicht aus sonstigem Titel, z. B. einer Versicherung. Oertmann a. a. O. S. 288.

90) Dies läßt sich sowohl aus § 992 als aus § 823 (Eigenthum) BGB. ableiten. Zustimmend Dernburg § 34 II lit. b; Oertmann S. 286 ff.; Schollmeyer § 255 Note 3.

91) Z. B. der Entleiher, Verwahrer, Miether, der sich die Sache stehlen oder von einem Dritten zerstören ließ.

92) Es wäre unerträglich, könnte z. B. der Dieb sich für den von ihm zu leistenden Ersatz am Miether erholen, der sich die Sache nachlässigerweise stehlen ließ. § 255 bezeichnet das Objekt der Abtretung genau.

93) Stammler, Einrede a. d. Recht eines Dritten (1900) S. 59; Oertmann S. 294.

94) Ueber die Frage, ob der für den Verlust Verantwortliche in erster Linie die Belangung des eigentlichen Schadenstifters verlangen kann, s. Oertmann S. 295 ff.

95) S. §§ 840, 426 BGB. und unten die Lehre von den Gesammtschuldverhältnissen. Im Falle unvollkommener Gesammtschulden (z. B. wenn Jeder für sich gehandelt hat) s. u. § 206 Note 50 ff. Oertmann S. 289 ff., 293.

96) S. u. §§ 317 ff. Der ehemals Beschädigte ist durch die doppelte Ersatzleistung bereichert.

97) Die Sache liegt ähnlich wie oben Note 76. Die Sache ist nicht mehr verloren. Dem Anspruch aus der actio cessa würde eine exceptio doli entgegenstehen. § 255 BGB. ist nie gegen den Ersatzberechtigten zu wenden in

c) Die Abtretung der Ansprüche auf Grund des § 255 BGB. kann vom Ersatzpflichtigen verlangt, also im Nothfall erzwungen werden[98]). Der Ersatzpflichtige kann aber auch einfach die Zahlung bis zum Verfolg der Abtretung zurückbehalten[99]). Er ist nur „gegen Abtretung", also Zug um Zug zu leisten verpflichtet[100]). Die Abtretung erfolgt in der gewöhnlichen Weise. S. u. § 199[101]).

III. Einige Sonderregeln gelten für den Ersatz von Aufwendungen, die Jemand auf einen Gegenstand oder für einen bestimmten Zweck gemacht hat[102]). §§ 256—258 BGB. Hat der Aufwendende ihretwegen überhaupt ein Ausgleichungsrecht, was sich nach der konkreten Sachlage und den darauf bezüglichen allgemeinen Grundsätzen richtet[103]), so kann die Ausgleichung entweder durch Naturalherstellung oder durch Gelderſatz[104]) vor sich gehen.

1. Die Naturalherstellung besteht hier einfach in Wiederbeseitigung der Einrichtung, soweit eine solche überhaupt möglich ist und vom Gesetze gestattet wird (was keineswegs immer zutrifft). Denn die wirthschaftliche Zerstörung oder Entwerthung von Sachgütern

---

dem Sinne, daß er gegen Geldersatz seine Sache abandonniren müßte. — Dagegen darf er auch hier auf die Sache verzichten und den vollen Schadensersatz behalten.

98) Durch Urtheil, welches ihn zur Abtretung verpflichtet. Vgl. § 894 CPO. Auch nachträglich nach erfolgter Ersatzleistung. S. Dernburg § 34 II lit. d, Oertmann S. 296 ff., Planck § 255 Note 1. A. M. Schollmeyer eod. Note 4.

99) S. o. Bd. I § 124.

100) § 274 BGB. — Ueber den Fortbestand der Ansprüche trotz der Leistung s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 305 ff. Vgl. l. 76 Dig. de sol. 46, 3: cum . . . . pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quae fuit, peremta videatur.

101) Daß die Abtretung der Ansprüche aus dem Eigenthum der verlorenen Mobilie den Cessionar des Anspruchs nicht regelmäßig (nach § 931 BGB.) zum Eigenthümer der Sache macht, vertheidigen mit guten Gründen Schollmeyer § 255 Note 3 und Oertmann a. a. O. S. 300. Nach den obigen Ausführungen (s. z. B. Note 97) ist der Uebereignungswille nicht für alle Fälle anzunehmen. Soweit er vorliegt, geht auch das Eigenthum über.

102) Vgl. zum Folgenden v. Petrażycki, Einkommen Bd. 2 (1895) S. 105 ff., 163 ff.; v. Thur, Die actio de in rem verso (1895) S. 39 ff.

103) Die cit. Paragraphen sprechen sich darüber nicht aus, sondern setzen den Anspruch voraus und bestimmen dann näher seinen Inhalt. Eine Ersatzpflicht besteht z. B.

a) wegen Aufwendungen auf einen bestimmten Gegenstand in den Fällen §§ 304, 347, 450, 538 Abs. 2, 547, 850, 994—996, 1049, 1266, 2022 ꝛc.;

b) wegen Aufwendungen für einen bestimmten Zweck in den Fällen §§ 670, 675 BGB. und in den entsprechenden Anwendungsfällen der Geschäftsführung ohne Auftrag, Vormundschaft u. dgl.

Selbstverständlich kann die Ersatzpflicht von Aufwendungen auch in anderen Fällen rechtsgeschäftlich begründet sein.

104) S. o. die Abschnitte I und II.

soll thunlichst vermieden werden[105]). Ist die Beseitigung aber zulässig, so verpflichtet sie umgekehrt den Wegnehmenden zur Herstellung des früheren Zustands wie er vor der betreffenden Aufwendung war. Man kann das Wegnahmerecht also niemals gegen bloßen Geldersatz ausüben und hat die Herstellung auf eigene Kosten vorzunehmen. Umgekehrt muß der Gegner, auch wenn er sich im Besitz der Sache befindet, die Wiederherstellungsarbeiten dulden; doch kann er wegen etwaiger Schadenszufügung Sicherheit verlangen[106]) und sich bis dahin der Herstellung widersetzen[107]). § 258. Wird die Wegnahme zur Chikanehandlung, so ist sie überhaupt unzulässig[108]); daher ist z. B. das Abkratzen von Gemälden selbst gegen vollständige Wiederherstellung des früheren Zustands unzulässig. Vgl. § 226 BGB.

2. Im Uebrigen ist Ersatz der Aufwendung nach den gewöhnlichen Vorschriften zu leisten. Dem Aufwendenden sind die Kosten in Geld zu erstatten, also entweder einfach der aufgewendete Geldbetrag, oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet, z. B. Naturalverpflegung geleistet wurde, deren Geldwerth. Hierzu fügt § 256 BGB. eine gesetzliche Verzinsung des Ersatzbetrags[109]) von der Zeit der Aufwendung an, die auch aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten ist[110]). Verbleibt aber der Gegenstand, auf den die Aufwendungen gemacht wurden, noch eine Zeit lang in Nutzung des Ersatzberechtigten[111]) und ist aldann dem Ersatzpflichtigen herauszugeben, so fallen die Zinsen für die Zeit weg, in welcher dem Aufwendenden die Nutzungen des Gegenstandes ohne besondere Vergütung[112]) zustehen. § 256 S. 2[113]).

105) Es hängt dies mit der Unterscheidung von nothwendigen, nützlichen und Luxusaufwendungen (impensae necessariae, utiles und voluptuariae) zusammen, auf die erst später gehörigen Orts (im Sachenrecht) einzugehen ist. Regelmäßig dürfen nur die letzteren wieder weggenommen werden. Beispiele in §§ 500, 547 Abs. 2, 581, 601 Abs. 2, 1049, 1216, 2125 Abs. 2. S. auch § 997. Man spricht hier auch vom ius tollendi.

106) S. o. Bd. I § 134. Ehe der Gegner sich im Besitz befindet, braucht der Wegnehmende auf ihn keine Rücksicht zu nehmen und keine Sicherheit zu leisten. Er haftet nur eventuell auf Ersatz des angerichteten Schadens.

107) Dilatorische Einrede im Sinne des § 36 oben.

108) Bd. I § 121.

109) S. o. § 149, insbes. nach Note 22.

110) Da der Betrag dieser Zinsen dem Ersatzberechtigten in Folge der Aufwendung verloren geht, also als mit aufgewendet erscheint. Die Aufnahme einer positiven Gesetzesvorschrift empfahl sich aus Zweifelsgründen.

111) § 100 BGB. — Z. B. der Miether macht Verwendungen auf das von ihm bewohnte Haus. Andere Fälle in §§ 601, 994, 1049, 1216 BGB.

112) Denn im kostenlosen Selbstgenuß der Verwendungen hat er ein Aequivalent für die Zinsen.

113) In vielen Fällen ist die Pflicht zum Ersatz von Verwendungen auf

3. Soweit die Aufwendung nicht durch Baarzahlung erfolgte, sondern ihretwegen nur eine Verbindlichkeit eingegangen wurde, kann der Ersatzberechtigte Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen[114]). § 257 BGB. Ist die Schuld noch nicht fällig, so darf der Ersatzpflichtige den Gegner dadurch abfinden, daß er ihm für die demnächstige ordnungsmäßige Befreiung Sicherheit leistet[115]).

§ 152.

Fortsetzung: Die Buße*.

1. In eigenthümlicher Art bemessen und zugesprochen wird der Ersatz in einigen Fällen, in denen die schadenstiftende Handlung zugleich mit öffentlicher Strafe belegt wird[1]). Die Zubilligung des Ersatzes erfolgt hier auf entsprechendes Verlangen des Geschädigten im Strafprozeß über die unerlaubte Handlung. Und zwar durch ein Pauschquantum, um alle Weitläufigkeiten der Schadensersatzberechnung (nach Maßgabe der Grundsätze des vorigen Paragraphen) abzuschneiden und die Berücksichtigung immaterieller Schäden (Körper-

---

den Betrag beschränkt, um welchen der Werth des Gegenstandes, in den die Verwendung erfolgte, erhöht ist. Vgl. §§ 500, 592 i. f., 996, 2381 BGB.

114) Vgl. schon l. 45 § 5 Dig. mandati 17, 1. v. Thur a. a. O. S. 82 ff. Wegen der Zwangsvollstreckung s. § 887 CPO.

115) Nach geleisteter Sicherheit kann sich der Ersatzberechtigte nur noch an diese halten. Der Ersatzpflichtige hat nach § 257 ein Wahlrecht (facultas alternativa) und ist durch Leistung der Sicherheit im Uebrigen befreit. S. u. § 153 Ziff. 2.

*) Vgl. hierzu noch Wächter, Die Buße; Dochow, desgl. (1875) u. dazu Sontag i. d. Krit. Vjschr. Bd. 17 S. 203, Bd. 18 S. 111; Kohler, Patentrecht (1878) S. 639 ff.; Hellmann, Schmerzensgeld u. Buße im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 1; Reinhardt, Geldstrafe u. Buße (1890); Mandry-Geib, Civilr. Inhalt d. Reichsgesetze § 48; v. Liszt, Strafrecht § 67.

1) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Buße Entschädigung und nichts als Entschädigung ist. Sie ist einer der wichtigsten Fälle, wo das Gesetz (zugleich oder allein) den Ersatz immaterieller Schäden durch Geldleistung gestattet. S. o. § 141 am Ende. Darin sowie in Zulassung der Forderung im Strafprozeß liegen die Eigenthümlichkeiten der Buße; nicht in einem Mischcharakter von Schadensersatz und Privatstrafe (Wächter). Der Strafcharakter der Buße wird heute wohl kaum mehr vertheidigt. Direkt dagegen auch Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 12 S. 223, Bd. 15 S. 352, Bd. 17 S. 190, Bd. 24 S. 398. Richtig ist nur, daß sich die Buße historisch aus der röm. Privatstrafe (bei der actio iniuriarum aestimatoria) entwickelt hat. Dies erklärt auch ihre Aufnahme in die Strafgesetze. Die Römer verwirklichten den Ersatzzweck in großem Umfang durch Privatstrafen; der richtige Gegensatz von Strafe und Entschädigung (s. o. Bd. I § 107 Note 8) ist ihnen überhaupt nie ganz folgerichtig zum Bewußtsein gekommen. Im Anschluß daran wurden ehemals nicht nur die Buße, sondern auch z. B. der Schmerzensgeldanspruch (oben § 141 Note 18) fälschlich als Privatstrafen aufgefaßt. Erst die Anerkennung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden hat hier das richtige Verständniß ermöglicht.

und Seelenschmerzen aller Art) zu gestatten. In letzterer Hinsicht ist das Pauschquantum nichts anderes als die sog. „billige Entschädigung" der §§ 847, 1300 BGB., da eine präzise unmöglich scheint. Aehnlich soll mit der Buße auch für wahre Vermögensschäden kurzerhand ein billiger Ersatz gewährt werden.

Hiermit steht dann eine Bestimmung über das Verhältniß der billigen und der präzisen Ersatzberechnung in Zusammenhang[2]). An sich kann bald die eine bald die andere zu einem höheren Ergebniß führen: oft wird der Strafrichter Bedenken tragen, das Pauschquantum so hoch zu bemessen, wie sich aus einem geführten detaillirten Beweise ergibt; umgekehrt führt bei der Buße oft die Berücksichtigung des immateriellen Schadens zu einem höheren Ersatzbetrage als die gewöhnliche Entschädigung. Der Verletzte hat nun die Wahl, welche Ersatzberechnung er herbeiführen will: er kann im Strafverfahren den Antrag auf Buße stellen[3]), er kann den Antrag bis zur Verkündigung des Strafurtheils auch wieder zurückziehen[4]); er kann auch im Civilprozeß gewöhnliche Entschädigung verlangen. Eine einmal zuerkannte Buße schließt jede weitere Entschädigung aus[5]), nicht aber umgekehrt die zugesprochene gewöhnliche Entschädigung den Antrag auf Buße. Hier ist nur der zuerkannte Ersatzbetrag auf die Buße anzurechnen[6]). Der Grund ist offensichtlich. Wer eine Pauschalentschädigung erlangt hat, ist definitiv abgefunden; wogegen die präzise Schadensberechnung der Korrektur unterliegt und der etwaige Mehrbetrag nachgefordert werden kann: hier durch den Antrag auf Bewilligung einer höheren Pauschalsumme.

---

2) S. §§ 188 Abs. 2, 231 Abs. 2 StGB. — Durch den Antrag auf Buße wird die Verjährung des gewöhnlichen Schadensersatzanspruchs nicht unterbrochen. S. o. Bd. I § 116 II Ziff. 2; Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 15 ff.

3) Und zwar auf eine bestimmte Summe. Vgl. §§ 443, 445 StPO. Der Verletzte muß sich dazu dem öffentlichen Strafverfahren als Nebenkläger anschließen, sofern er nicht das Verfahren selbst als Privatkläger einleitet. Ueber den Anschluß als Nebenkläger s. §§ 435 ff. eod. Der Antrag auf Buße kann bis zur Verkündung des Urtheils 1. Instanz gestellt werden. § 444 Abs. 1 eod.

4) § 444 Abs. 2 StPO. In diesem Falle kann der Antrag nicht wieder erneuert werden.

5) Erkennt das Strafurtheil nicht auf Buße, so kann der Verletzte immer noch gewöhnliche Entschädigung verlangen.

6) Die bloße Rechtshängigkeit des gewöhnlichen Schadensersatzanspruchs hindert den Antrag auf Buße nicht. Es entscheidet jetzt die Priorität des Urtheils. Eine erkannte Buße schließt weitere Entschädigung aus: der zuerkannte civilrechtliche Ersatzbetrag ist auf die Buße anzurechnen. — Ist der Entschädigungsanspruch im Civilprozeß abgewiesen, so findet dies der richtigen Ansicht nach den Antrag auf Buße nicht, weil der gewöhnliche Ersatz und Buße sich nicht decken.

2. Dem Strafrichter ist die Befugniß zur angemessenen Entschädigung des Verletzten bei Gelegenheit der kriminellen Bestrafung des Thäters nicht unbeschränkt zugestanden. Vielmehr wird diese freie, alle idealen und Affektionsinteressen mitumfassende Schadensberechnung ähnlich wie im Bürgerlichen Gesetzbuch[7]) nur in bestimmten einzelnen Fällen zugelassen. Diese sind:

a) Gewisse Fälle der Beleidigung und Körperverletzung. §§ 188, 231 StGB. Und zwar bei der Beleidigung, wenn sie als sog. Verleumdung oder wissentliche Kreditgefährdung[8]) nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt; bei Körperverletzung in allen Fällen[9]) wegen der daraus entspringenden (vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen) Schäden, soweit nur das Delikt im Sinne des Strafgesetzbuchs als Körperverletzung erscheint[10]) oder eine solche in sich schließt. Also auch in Konkurrenzfällen mit anderen Delikten, sofern nur nicht die Körperverletzung in dem Gesammtthatbestand aus irgend einem Grunde straflos bleibt[11]). Ein positiver Ausschluß der Buße findet sich in § 135 GewUnfVersG. v. 5. Juli 1900 bei fahrlässigen Körperverletzungen. Der zulässige Höchstbetrag der Buße ist auf 6000 Mark bestimmt.

b) Ferner ist die Buße das gegebene Ersatzmittel im Falle der Verletzung von Immaterialgüterrechten[12]): des Urheberrechts an Schriftwerken, Kunstwerken, photographischen Erzeugnissen rc.[13]) mit zulässigem Höchstbetrag von 6000 Mark; der Verletzung von Mustern und Modellen, Erfindungen (Patenten)[14]); des Rechts auf Waaren-

---

7) Vgl. §§ 253, 847, 1300 BGB. und oben § 141.

8) §§ 186, 187 StGB.

9) Ohne Rücksicht darauf, ob sie im 17. Abschnitt des Strafgesetzbuches stehen. Z. B. auch im Falle der Körperverletzung als Amtsdelikt (§ 340 StGB.); bei vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln (§ 207 StGB.).

10) Daher z. B. nicht im Falle des § 227 Abs. 1 StGB. (trotz dessen Stellung im 17. Abschnitt), weil dort nicht wegen Körperverletzung, sondern blos wegen Betheiligung an der Schlägerei gestraft wird; unter Umständen auch nicht im Falle § 229 Abs. 1 bei Vergiftung ohne Gesundheitsschädigung.

11) Weil auf die Buße stets nur neben der Strafe erkannt werden kann. Dagegen ist weder bei sog. Realkonkurrenz erforderlich, daß die Körperverletzungsstrafe die Einsatzstrafe bildet, noch bei Idealkonkurrenz, daß (gemäß § 73 StGB.) nach den Grundsätzen des 17. Abschnitts des Strafgesetzbuches gestraft wird. Es muß nach richtiger Ansicht genügen, daß nur ein Theil der ganzen Strafe auf den Körperverletzungsfall zurückgeführt werden kann.

12) S. o. Bd. I § 30 Note 16 ff.

13) RG. v. 11. Juni 1870 §§ 18, 43, 45; v. 9. Jan. 1876 § 16; v. 10. Jan. 1876 § 9; v. 11. Jan. 1876 § 14 und neuestens RG. v. 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur u. Tonkunst § 40.

14) RG. v. 1. Juni 1891 § 11; v. 7. April 1891 § 37 rc.

zeichen[15]); endlich auch im Falle des unlauteren Wettbewerbs[16]): hier überall mit Höchstbetrag von 10000 Mark. Es erklärt sich, daß gerade in diesen Fällen, in denen regelmäßig die Verletzung materieller und immaterieller Interessen konkurrirt, die Buße vorzugsweise dem praktischen Bedürfnisse entspricht. Innerhalb der erwähnten Grenzen bestimmt der Strafrichter die Höhe der Buße ganz frei[17]).

3. Nur der Verletzte kann die Buße fordern, nicht andere Personen, z. B. diejenigen, die wegen der That das Recht des Strafantrags haben[18]). Sind mehrere Personen verletzt, so kann jede für sich Buße verlangen (soviel Delikte soviel Bußen). Haben Mehrere die Verletzung begangen, so kann auch nur gegen Einen oder Einige auf Buße angetragen werden; denn der Verletzte verfolgt mit seinem Bußantrag nur ein Privatrecht. Dagegen erhält er hier im Ganzen nur eine Buße, weil ein Schaden nur einmal ersetzt wird[19]).

4. Nur neben der Strafe ist die Verhängung einer Buße statthaft; und zwar muß sie nicht, sondern kann nur auf den Antrag des Verletzten verhängt werden. Es bestände also gar kein rechtlicher Anspruch auf Buße[20]), wenn man nicht annimmt, daß der Strafrichter, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen[21]), auf den Bußantrag einzugehen (ihn materiell zu prüfen) und durch sachgemäße Entscheidung zu erledigen hat. Immerhin ist der Bußanspruch in allen

---

15) S. o. Bd. I § 37 Note 9 u. RG. v. 12. Mai 1894 § 18. Nicht aber des Rechtes auf den Namen, die Firma zc.

16) RG. v. 27. Mai 1896 § 14. — Auf dem ihr übergewiesenen Gebiet kann auch die Landesgesetzgebung Bußen zulassen.

17) Selbstverständlich nicht über den Antrag des Verletzten hinaus. Aber ein strikter Schadensbeweis ist vom Antragsteller nicht zu verlangen. Es liegt im Wesen der Buße, daß sie in einem Betrage zugebilligt werden kann, wie im Civilprozeß nicht möglich wäre. Nur etwa schon geleisteter Schadensersatz ist auf die Buße in Anrechnung zu bringen (s. o.). Geschenke Dritter anläßlich der Beschädigung fallen nicht unter diesen Gesichtspunkt.

18) Der gesetzliche Vertreter des unfähigen Verletzten kann natürlich an seiner Statt Buße verlangen.

19) Es besteht ein Gesammtschuldverhältniß der verschiedenen Delinquenten, ähnlich wie hinsichtlich der gewöhnlichen Entschädigung aus Delikten. S. § 840 BGB. Bei mehreren Delikten haftet Jeder selbständig für sein Thun auch in dieser Beziehung. S. Entsch. d. RG. Jur. Wochenschr. 1893 S. 11 Ziff. 5 u. 1895 S. 115 Ziff. 11. Doch sollen die mehreren Bußen schließlich auch nur das Schadensmaximum ersetzen, worauf bei ihrer Zubilligung Bedacht zu nehmen ist.

20) S. auch Kohler a. a. O. S. 641 ff.

21) Solche können liegen im Interesse der Strafrechtspflege (die Entscheidung der Strafsache soll nicht dadurch hinausgezögert werden), aber auch des Thäters (um ihm nicht eine etwaige im Strafprozeß nicht mögliche Vertheidigung gegen den Entschädigungsanspruch abzuschneiden). S. Entsch. d. RG. in Straff. Bd. 13 S. 186, Bd. 17 S. 191. Die bloße Schwierigkeit der Abschätzung des Schadens ist ein solcher Grund nicht.

Fällen eigenthümlich bedingt und steht insofern dem gewöhnlichen Entschädigungsanspruch nicht gleich. Kommt es nicht zu einer Verurtheilung des Thäters, z. B. wegen Strafausschlußgründen, Fehler der Antragstellung bei Antragsdelikten, Tod des Angeklagten, Verjährung der Strafverfolgung u. dgl., so ist der Bußantrag ohne Weiteres erledigt. § 444 Abs. 3 StPO. Dagegen ist gleichgültig, ob die Strafe vollzogen oder der Thäter begnadigt wird oder nach dem Urtheil verstirbt. Für die erkannte Buße haftet er selbst oder seine Erben nach privatrechtlichen Grundsätzen.

Das Recht auf Buße ist ein unvererbliches Recht des Verletzten. § 444 Abs. 4 StPO. Die Buße bezweckt persönliche Genugthuung für Dinge, die (wie Schmerzen, Ehrenkränkungen rc.) nicht auf den Erben übergehen, oder doch zugleich für diese. Die Erben trifft nur der reine Vermögensschaden, den sie nach allgemeinen Grundsätzen verfolgen können [22]). Die Uebertragung des Bußanspruchs unter Lebenden verbietet sich danach von selbst.

E. Wahlschulden*.

§ 153.

Eine Wahlschuld liegt vor, wenn nach Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen mehreren Leistungen die Wahl gelassen ist, sodaß also der Schuldner nur entweder die eine oder eine andere zu bewirken hat. Die mehreren Leistungen können individuell oder nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt sein [1]): im Uebrigen genügt diejenige Bestimmtheit, welche nach allgemeinen Grundsätzen gefordert wird. S. o. §§ 146 ff.

1. Die Wahlschuld ist ein einziges Schuldverhältniß, wie die Gattungsschuld. Nur ist der Kreis der möglichen Leistungsgegenstände

22) Aehnlich wie in den Fällen §§ 847 Abs. 1 i. f., 1300 Abs. 2 BGB. Es handelt sich um sog. actiones meram vindictam spirantes. Vgl. l. 13 pr., l. 48 Dig. de iniur. 47, 10. Doch ist bei der Buße (im Gegensatz zu obigen Stellen) auch die Rechtshängigkeit im Strafprozeß gleichgültig. Der Bußantrag kann nach § 444 Abs. 4 StPO. von den Erben überhaupt nicht fortgesetzt werden.

*) Vgl. Fitting, Correalobligationen (1859) S. 136 ff.; Nanne, Die Disjunktivobligation (1876/1880); Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften I (1878); Pescatore, Die sog. alternative Obligation (1880) und dazu Bernstein, Zschr. f. Handelsr. Bd. 29 S. 602; Pfersche, Krit. Vjschr. Bd. 23 S. 305; Ryk, Schuldverhältnisse II S. 129 ff. — Stammler, desgl. S. 134; Dernburg §§ 43 ff.; Endemann I § 118; Cosack § 84 III Ziff. 1; Mathiaß I § 74 I; Enneccerus I §§ 165—167.

1) Die eine Leistung kann auf Geld, die andere auf sonstige Gegenstände gerichtet sein.

hier ein anderer[2]). Nicht jedes Mittelgut einer bestimmten Gattung ist tauglicher Leistungsgegenstand[3]), sondern es sind dem Schuldner bestimmte Alternativen gesetzt. Diese Alternativen können auf verschiedene Gegenstände gerichtet sein; aber auch auf Verschiedenheiten in Zeit und Ort der Leistung u. dgl. Es können zwei oder mehrere Alternativen sein. Andere sehen jede dieser Alternativen als Gegenstand eines besonderen Schuldverhältnisses an, die dann als in einem gegenseitigen Bedingungsverhältniß stehend gedacht werden müssen[4]); doch gibt diese Auffassung[5]) unnöthig komplizirte Verhältnisse[6]). Die Wahlschuld ist ein Schuldverhältniß mit beschränkter Unbestimmtheit der Leistung[7]). Hieraus folgt auch, daß die Wahl zwischen den mehreren Alternativen im Zweifel dem Schuldner zusteht, weil jede Unbestimmtheit des Leistungsinhalts zunächst dem Schuldner zu Gute kommt. Soll der Gläubiger die Wahl haben, so muß ihm dieselbe besonders eingeräumt sein. § 262 BGB.

Bis zur Wahl nun schuldet der Verpflichtete beide Leistungen alternativ: d. h. beide sind in obligatione, nur eine von ihnen ist in solutione[8]). Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an

---

2) Uebrigens sind auch die detaillirten Vorschriften der §§ 262—265 BGB. nur dispositiv. Besonderes ist in § 2154 für das Wahlvermächtniß bestimmt.

3) Es sei denn, daß die eine Alternative auf Leistung eines nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten Gegenstandes geht.

4) So Adickes, Lehre von den Bedingungen (1876), Pescatore a. a. O. Es ist zuzugeben, daß aus dem Gesetz die Frage nicht unmittelbar zu lösen ist. Der § 265 BGB. sagt zwar „das Schuldverhältniß"; doch können aus diesem Ausdruck keine Konsequenzen gezogen werden. Denn s. auch §§ 423, 425 BGB.

5) Namentlich auch, wenn die eine Alternative in einer nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten Leistung besteht (s. o.)

6) Bernstein nimmt eine suspensive oder resolutive Pendenz des Leistungsgegenstandes an. Nur ein Gegenstand werde resp. bleibe der überhaupt geschuldete. Es liegt darin eine Leugnung des Satzes, daß sämmtliche Alternativen sich in obligatione befinden (s. u.). Dieser Satz bedeutet allerdings einen Unterschied von der Gattungsschuld (s. o. § 147 z. B. Note 7 u. 32 ff.), aber dieser Unterschied liegt in den Verhältnissen begründet: es können doch nicht die Millionen gattungsmäßiger Gegenstände, die auf der Welt existiren, sämmtlich als geschuldet gelten. Die Auffassung Bernstein's ist durch §§ 262, 263 Abs. 2 BGB. deutlich abgelehnt. Diese Bestimmungen sind mit dem Gedanken der suspensiven Pendenz unvereinbar.

7) Vgl. o. § 146 gegen Ende.

8) Der Unterschied zwischen alternativer und bedingter Leistungspflicht springt auch sonst in die Augen. Vor Erfüllung der Bedingung trägt regelmäßig der Schuldner die Gefahr; bei alternativer Leistungspflicht steht wenigstens eine Leistung immer auf Gefahr des Gläubigers. Die mehreren Alternativen sind wie mehrere species (oben § 147 Note 29 ff.) zu betrachten; in ihnen liegt keine unbeschränkte Zahl möglicher Leistungsgegenstände, die sich nicht erschöpfen können. Folglich trägt Gläubiger, wie bei der Speziesschuld überhaupt, so hier immer für eine Alternative die Gefahr (für die gewählte oder für die letzte überhaupt mögliche). S. auch l. 34 § 6 Dig. de contr. emt. 18, 1. Jedoch auch unten Note 59 ff.

geschuldete. § 263 Abs. 2 BGB. Durch die Wahl[9]) beschränkt sich also hier das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung, und zwar mit rückwirkender Kraft[10]).

2. Wie von der Gattungsschuld, so ist die Wahlschuld auch von der Leistungspflicht gattungsmäßig bestimmter Sachen aus einem gewissen Vorrath[11]), und vom Gattungsgeschäft mit Spezifikationsklausel[12]) zu unterscheiden. Nicht minder endlich von Verbindlichkeiten, bei welchen nur eine Leistung geschuldet, dem Schuldner aber nachgelassen ist, sich auch durch Leistung eines anderen Gegenstandes zu befreien[13]). Hier liegt ein gewöhnliches Schuldverhältniß mit alternativer Ermächtigung des Schuldners vor (facultas alternativa). Die Folge ist, daß wenn die eigentlich geschuldete Leistung durch einen nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstand untergeht, der Schuldner befreit wird[14]), wogegen der Untergang des Gegenstandes, auf den sich die Ermächtigung bezieht, seine Verpflichtung unberührt läßt. Hier ist für den Schuldner nur die Befugniß zur Leistung des anderen Gegenstandes hinweggefallen[15]). Eine derartige Ermächtigung kommt auch zu Gunsten des Gläubigers vor: derselbe kann statt des allein geschuldeten Gegenstandes einen anderen verlangen[16]). Auch sonst kann der Gläubiger ein Wahlrecht haben ohne daß eine Wahlschuld vorliegt: nämlich ein Wahlrecht zwischen mehreren Ansprüchen, von denen nur der eine oder andere ausgeübt werden darf[17]).

3. Die bei der Wahlschuld vorliegende Unbestimmtheit der Leistungspflicht wird gehoben durch ordnungsmäßige Ausübung der Wahl[18]),

---

9) Vgl. Fr. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 1.

10) Anders als bei der Gattungsschuld (§ 147 Ziff. 4), wo eine solche Rückwirkung nicht eintritt, weil vorher kein spezieller Gegenstand geschuldet war. Dies ist wichtig für die Gefahrtragung des Gläubigers in Ansehung der gewählten Leistung. S. o. Note 8.

11) S. o. § 147 Note 7.

12) S. § 146 Text u. Note 32.

13) S. z. B. §§ 251 Abs. 2, 528 S. 2, 1973 Abs. 2, 1992, 2329 Abs. 2 BGB. Hier ist nur ein Gegenstand in obligatione.

14) S. o. § 150 am Ende. — Der Gläubiger kann nur auf die eine geschuldete Leistung klagen.

15) Selbst wenn der Schuldner schon erklärt hatte, von der alternativen Ermächtigung Gebrauch machen zu wollen. §§ 263 Abs. 2, 265 BGB. sind hier nicht anwendbar.

16) Vgl. Regelsberger in Jhering's Jahrb. Bd. 16 S. 159; Pescatore S. 269; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht (1900) S. 101 ff.

17) Z. B. der Wandelungs- und Minderungsanspruch (§§ 462, 465 BGB.) aus demselben Thatbestande. S. o. Bd. I § 121 vor Note 16.

18) Vgl. Fr. Leonhard a. a. O. S. 33 ff.

die einer Partei), aber auch einem Dritten vorbehalten sein kann. Letzterenfalls kombinirt sich die Lehre des Wahlschuldverhältnisses mit unseren früheren Ausführungen über die Bestimmung der Leistung durch Dritte[19]). §§ 317 ff. BGB. Danach soll der Dritte im Zweifel nach billigem Ermessen wählen[20]). Dagegen ist das Wahlrecht der Parteien — des Schuldners (§ 262 BGB.) oder des Gläubigers — im Allgemeinen ganz frei: es darf also der Schuldner die schlechteste Alternative wählen, der Gläubiger sich das Beste aussuchen[21]). Die Wahl erfolgt durch einseitige Erklärung der wahlberechtigten Partei gegenüber dem anderen Theile[22]). § 263 Abs. 1. Sie beschränkt das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung, wie wenn diese die von Anfang an allein geschuldete wäre[23]). Abs. 2. Die Wahl ist also bindend[24]). — Dies schließt natürlich nicht aus, daß die Wahl (als Rechtsgeschäft) aus besonderen Gründen unwirksam ist[25]). Und aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ist zu entnehmen, zu welcher Zeit der Wahlberechtigte durch Ausübung der Wahl die Leistungspflicht auf eine besondere Leistung beschränken und dadurch dem Gläubiger die Gefahr der letzteren aufbürden kann[26]). Eine verfrühte Wahlerklärung kann vom anderen Theil als unwirksam zurückgewiesen werden.

a) Für mehrere Gläubiger oder Schuldner[27]) ist die Ausübung

---

19) S. o. § 146 zu Note 6 ff.

20) Insbesondere für Wahlvermächtnisse s. dazu noch § 2154 BGB. und unten das Erbrecht.

21) Das Wahlrecht der Parteien ist auch, wie deren Rechte aus dem Schuldverhältniß überhaupt, vererblich. Es kann auch durch Vertreter ausgeübt werden. Entgegenstehende Abmachungen sind aber zulässig.

22) S. o. Bd. I § 88. Bedingte Wahlerklärung ist regelmäßig ausgeschlossen. S. aber Leonhard S. 59.

23) Also ist die gewählte Leistung eine Spezies, so erhält das ganze Schuldverhältniß den Charakter der Speziesschuld. Der Gläubiger trägt die Gefahr der gewählten Leistung. S. o. § 147 Note 29 und § 150 gegen Ende. Z. B. das gewählte Pferd war mit einer tödtlichen Krankheit behaftet und verendet nach der Wahl. Der Gläubiger kann nicht das andere zur Wahl gestandene Pferd verlangen. — Ausnahmen vertheidigt Leonhard S. 30 und 63 ff.

24) Römisch konnte der Wahlberechtigte wegen der Einseitigkeit des Akts die Wahl ändern (er hatte ein ius variandi). Vgl. l. 138 § 1 Dig. de V. O. 45, 1. Dies ist mit Recht beseitigt, wie in zahlreichen anderen Fällen einseitiger Erklärungen. Eine exc. doli wird dadurch nicht ausgeschlossen.

25) S. o. Bd. I §§ 80 ff. Soweit sie unwirksam ist, führt sie auch keine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die gewählte Leistung herbei.

26) So insbesondere bei noch nicht fälligen Schulden. Leonhard a. a. O. S. 31 ff.; Enneccerus § 166 Ziff. 3b.

27) Ingleichen mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners. S. o. Note 21. Mehreren Gegnern ist die Wahl insgesammt zu erklären. — Immerhin gelten auch diese Sätze des Textes nur insoweit im Schuldverhältniß nicht

der Wahl eine untheilbare Handlung. Die Wahl kann somit nicht wirksam stattfinden, wenn die Berechtigten sich nicht einigen. Wird aus diesem oder einem anderen Grunde die Wahl verzögert oder überhaupt nicht vorgenommen, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner oder Gläubiger das Wahlrecht hat. § 264 BGB.[28]).

α. Hat der Schuldner die Wahl und ist in Ausübung derselben säumig, so kann der Gläubiger nicht einfach die eine oder andere Alternative fordern. Der Schuldner verliert sein Wahlrecht auch durch wirklichen Verzug noch nicht. Der Gläubiger kann die Wahlschuld nur so wie sie vorliegt geltend machen, also wenn er den Schuldner verklagt, nur alternativ auf die eine oder andere Leistung klagen. Auch das Urtheil kann nur in dieser Weise ergehen. Kommt aber der Schuldner auch dem Urtheil nicht nach, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach Belieben auf die eine oder andere Leistung richten; vorbehaltlich des Rechts des Schuldners, auch jetzt noch bis zum wirklichen Empfang der einen Leistung[29]) oder eines Theiles derselben[30]) sich durch freiwilligen Vollzug der anderen Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien[31]). Abs. 1. Bloßes Angebot der anderen Leistung genügt jetzt nicht mehr[32]).

---

ein Anderes bestimmt ist. Vgl. dazu Ubbelohde, Untheilb. Obl. S. 25; Pescatore S. 161, Schollmeyer zu § 263 Note 3.

28) Die ehemaligen Bestimmungen insbesondere des röm. Rechtes gingen nicht so weit. Zwar die Zwangsvollstreckung konnte auch gegen den wahlberechtigten Schuldner nur auf eine bestimmte Leistung gerichtet werden, der Gläubiger also diese schließlich wählen (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 12 S. 184); aber der Schuldner war gegen den wahlberechtigten Gläubiger sehr wenig geschützt, wenn dieser mit Vornahme der Wahl in Verzug gerieth (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 99 u. Cit.). S. auch Mommsen, Beitr. Bd. 3 S. 259 ff., Wächter, Erörterungen Bd. 3 S. 117, Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 357 ff. und Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 185, Pescatore S. 256 2c.

29) Dem Empfang des Gläubigers steht der Empfang durch den vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher gleich. S. §§ 815, 819, 883 CPO.

30) Weil der Gläubiger nicht gezwungen werden kann, Theilleistung bezw. von jeder der wahlweise geschuldeten Leistungen einen Theil anzunehmen.

31) Jede andere Auflösung der Bestimmungen des § 264 Abs. 1 ist gesucht und inkonsequent. Gesucht ist es, mit Stammler S. 138, die Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners in der Zwangsvollstreckung in eine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers zu verwandeln, und daneben noch eine facultas alternativa des Schuldners zu stellen. Inkonsequent ist es überhaupt, das Wahlrecht als solches auf den Gläubiger übergehen zu lassen. Beruht die Wahlschuld auf Rechtsgeschäft (Vertrag, Vermächtniß), so wird dessen Inhalt einfach vergewaltigt; nicht minder wird das Urtheil vergewaltigt, das doch alternativ entschieden hatte. Das Exekutionsrecht des Gläubigers auf eine Leistung „nach seiner Wahl" (wie § 264 richtig und farblos sagt) folgt einfach aus der Nothwendigkeit der Exekution (da der Schuldner sich nicht jeder Leistung entziehen soll) und der Unzulässigkeit der Doppelexekution. Das materielle Wahlrecht des Schuldners bleibt bestehen bis es wegen effektiver

β. Hat der Gläubiger die Wahl, so liegt die Wahlerklärung nicht blos im außergerichtlichen Verlangen der einen Leistung, sondern auch in der auf diese gerichteten Klage[33]) oder sonstigen Prozeßeinleitung[34]). Bleibt dagegen der Gläubiger ganz unthätig, so kann ihn der Schuldner in Verzug setzen[35]). Dadurch verliert zwar der Gläubiger das Wahlrecht zunächst noch nicht; doch kann der Schuldner dem Gläubiger behufs Ausübung der Wahl eine angemessene[36]) Frist setzen[37]), nach deren fruchtlosem Ablauf das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht[38]). § 264 Abs. 2[39]).

b) Hat jede Partei etwas zu leisten (wie bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen: s. u. §§ 168 ff.), so ist jede Partei zugleich

---

Durchführung der Zwangsvollstreckung seinen Inhalt verloren hat. Der Schuldner kann folglich durch Ausübung seines materiellen Rechts die Zwangsvollstreckung durchkreuzen, wie dies auch aus anderen Gründen möglich ist. Vgl. § 775 bes. Ziff. 5 CPO. Die einzige Einschränkung, die das Wahlrecht des Schuldners in diesem Stadium erfährt, ist, daß es nicht mehr blos wörtlich, sondern durch Realleistung auszuüben ist. In der Zwangsvollstreckung darf der Schuldner den Gläubiger nicht mehr durch Worte hinhalten.

32) S. den Schluß der vorigen Note. Der kritische Zeitpunkt hierfür ist der Beginn der Zwangsvollstreckung. Darüber s. §§ 704 ff. CPO. Behauptet der Schuldner, vorher die Wahl erklärt zu haben, so hat er dies zu beweisen. S. dazu Dernburg § 43 Note 14.

33) Wird die Klage später zurückgezogen, so bleiben die Folgen der Wahlerklärung bestehen. § 271 Abs. 3 CPO. steht nicht entgegen, da die Konzentration des Schuldverhältnisses nicht Folge der Klagerhebung sondern der darin liegenden Wahl ist.

34) Darüber s. o. Bd. I § 129. — Der Gläubiger kann hier nicht durch Anstellung einer alternativen Klage die Wahlerklärung vermeiden. Jur. Wochenschr. 1896 S. 655 Nr. 7, Dernburg § 43 Note 19.

35) In Annahmeverzug. S. unten § 163 bes. Note 12. Ueber die Art der Inverzugsetzung in diesem Falle s. daselbst zu Note 43 und § 295 BGB. Der Schuldner braucht nicht thatsächlich die mehreren Leistungsgegenstände zugleich anzubieten, da dies zu hart für ihn wäre, sondern kann ein wörtliches Anerbieten machen. — Wegen Kaufs mit Spezifikation s. o. § 146 Note 32 ff.

36) Das oben § 151 Note 8 ff. Gesagte findet entsprechende Anwendung. — Es handelt sich hier gegenüber der vorigen Note um eine zweite Erklärung: Aufforderung zur Wahl. Eine Verbindung beider Erklärungen ist aber zuläſsig. Dies folgt schon aus § 295 Satz 2 BGB., wonach das Angebot zwecks Inverzugsetzung in einer Aufforderung zur Wahl bestehen kann. Zustimmend Cosack § 84 Note 3a, Schollmeyer § 264 Note 2. A. M. Leonhard S. 4, Dernburg § 43 zu Note 18, Planck a. a. O. Dies ist zu formalistisch.

37) Ist die Aufforderung unthunlich, so wird man sagen müssen, daß das Wahlrecht nach Ablauf einer angemessenen Frist nach Feststellung der Unthunlichkeit der Aufforderung auf den Schuldner übergeht (weil letzterer sonst der Vortheile der Inverzugsetzung verlustig ginge). Vgl. Kohler im Archiv f. bürg. Recht a. a. O. S. 185, Dernburg § 43 Note 17.

38) Um ihm die Vortheile der Inverzugsetzung (Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger, Hinterlegung des Schuldgegenstandes 2c.) zuzuwenden.

39) Im Gegensatz zu Abs. 1 ist hier unzweifelhaft von einer Uebertragung des Wahlrechts auf den Schuldner die Rede.

Gläubiger und Schuldner, wenngleich in verschiedenen Schuldverhältnissen[40]). Jedes der letzteren kann eine Wahlschuld sein. Die nicht wahlberechtigte Partei[41]) kann hier den Gegner je nachdem als Gläubiger oder als Schuldner behandeln[42]), ihn in Verzug setzen und aus dem Leistungs- oder Annahmeverzug die Konsequenzen ziehen[43]); z. B. von dem Vertrag zurücktreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder auch einfach auf der Gegenleistung bestehen und dadurch indirekt den Gegner zur Ausübung der Wahl nöthigen. Vgl. dazu noch § 322 Abs. 2 BGB. Die Klage erfolgt hier unter Erklärung der Bereitwilligkeit zur Leistung nach Wahl des Gegners. Sind für verschiedene Objekte verschiedene Preise festgesetzt, so kann der nicht wahlberechtigte Theil nach Anleitung des § 264 Abs. 1 alternativ auf den einen oder anderen Preis klagen und das Urtheil nach seiner Wahl vollstrecken, unter entsprechendem Angebot der bezüglichen eigenen Leistung. Dem Gegner steht es dann noch frei, sich zur Entgegennahme der anderen Leistung bei gleichzeitiger Zahlung des Preises dieser letzteren und der Mehrkosten der Erfüllung zu erbieten[44]).

4. Die Erfüllung der einen wahlweise geschuldeten Leistung tilgt selbstverständlich das Schuldverhältniß, wenn der Schuldner der Wahlberechtigte war oder der Gläubiger bei der Erfüllung mitwirkte. Letzterenfalls liegt regelmäßig ein Vertrag über die Beschränkung der Schuld auf diese Leistung vor. Ein solcher Vertrag kann auch unabhängig von der Erfüllung geschlossen werden und steht hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirkung unter den allgemeinen Grundsätzen[45]). — Die Erfüllung seitens des wahlberechtigten Schuldners tilgt aber die Wahlschuld auch dann, wenn sie keine dem Gläubiger gegenüber erfolgende Handlung ist (also den Erfordernissen der Wahlerklärung nicht entspricht)[46]). Liegt (wie wohl meist) darin zugleich

40) S. u. § 167 Ziff. I.

41) Die Anwendung des § 262 BGB. führt hier nicht stets zu einem sicheren Ergebniß. Soweit eine besondere Bestimmung fehlt, ist nach dem vermuthlichen (durch Auslegung zu ermittelnden) Vertragsinhalt zu entscheiden.

42) Auch deshalb, weil er unter Umständen (z. B. nach § 433 Abs. 2 BGB.) zur Annahme verpflichtet ist. Mindestens aber schuldet er regelmäßig die Gegenleistung.

43) S. u. §§ 161 ff., 163 ff., 170 ff.

44) Arg. § 264 Abs. 1 i. f. und oben Note 31 ff.

45) Er kann die Konzentration mit rückwirkender (arg. § 263 Abs. 2) oder nicht rückwirkender Kraft herbeiführen.

46) Nur muß die Leistung durchaus obligationsmäßig sein, also vollständig und am richtigen Orte (s. u. § 155) erfolgen. — Das Gesagte folgt aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, so wie der letztere sich als Regel darstellt. Es bedarf daher in dieser Hinsicht keines besonderen Ausspruchs des Gesetzes.

eine Wahlerklärung, so wirkt die letztere auch wenn die Leistung (z. B. als Theilleistung) nicht angenommen wird. — Hat der Schuldner irrthümlich mehrere der alternativen Leistungen bewirkt, so ist durch Vollzug und Annahme der doppelten Leistung allein die Wahl noch nicht vollzogen; der Wahlberechtigte kann die Wahl also noch nachholen, und der Schuldner fordert, nachdem dies geschehen, die nicht geschuldete andere Leistung nach allgemeinen Grundsätzen zurück[47]). Dasselbe gilt, wenn der Schuldner irrthümlich die eine Leistung gemacht hat, in der Meinung, nur zu dieser verpflichtet gewesen zu sein. Hier ist nach richtig vollzogener Wahl unter Angebot der gewählten Leistung[48]) die andere zurückzufordern[49]).

5. Außerdem tritt eine Konzentration der Wahlschuld noch dadurch ein, daß eine oder einige der verschiedenen alternativen Leistungen unmöglich sind oder unmöglich werden[50]). § 265 BGB.

a) Etwas von vornherein Unmögliches kann nicht geschuldet werden[51]): das Schuldverhältniß beschränkt sich also hier von selbst auf die möglichen Alternativen. Vgl. § 306 BGB. Doch kann auch hier der Gegner eventuell für sein getäuschtes Vertrauen in das Zustandekommen der anderen Alternative das sog. negative Geschäftsinteresse fordern[52]). § 307 i. f.

Anders, wenn sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt, daß der Gläubiger auf Benachrichtigung nicht verzichten wollte.

47) Eine schiefe Auffassung hatte hier das Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 192 (es bestehe hinsichtlich der Rückgabe ein Wahlrecht des Empfängers).

48) Dies folgt aus dem Prinzip von Treu und Glauben. Dernburg § 43 Ziff. 11.

49) Condictio indebiti, wie im vorhergehenden Falle (s. u. §§ 317 ff.). Vgl. auch Bernstein S. 60; Pescatore S. 166. — Ueber Irrthum in der Wahlerklärung s. o. Note 25.

50) S. dazu noch Zimmern im Archiv f. civ. Praxis Bd. 1 S. 309; Fuchs das. Bd. 34 S. 235; Mommsen, Beiträge I (1853) § 26; Ryk S. 239, 250. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (1900) S. 26 ff., 101 ff.; Titze, Unmöglichkeit (1900) S. 195 ff., 223; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (1900) S. 224.

51) Vgl. u. § 166 u. bereits l. 138 Dig. de V. O. 45, 1. — Dem physisch Unmöglichen steht nach allgemeinen Grundsätzen das rechtlich Unmögliche gleich. S. o. § 145 Ziff. 2.

52) S. o. § 151 zu Note 25 ff. und § 166 zu Note 15 ff. Titze a. a. O. S. 231 ff. Die Vorschrift der „entsprechenden Anwendung" in diesem Falle (§ 307 Abs. 2 BGB.) ist allerdings vage genug. Ein Schaden kann kaum vorliegen, wenn der Getäuschte nicht zugleich nach Inhalt des Schuldverhältnisses der Wahlberechtigte war. Wie die culpa überhaupt (s. u.), so wird auch die culpa in contrahendo durch das dem Betreffenden zustehende Wahlrecht gedeckt. — Unter der entsprechenden Voraussetzung liegt dann der negative Schaden in etwaigen Aufwendungen des Getäuschten für die unmögliche Alternative, Versäumung anderweitigen Erwerbs des Gegenstandes während dessen Preis inzwischen gestiegen ist u. dgl. (nicht im verlorenen Wahlrecht selbst: dieser

b) Die nachfolgende Unmöglichkeit der einen Leistung beschränkt das Schuldverhältniß auf die andere Alternative[53]) falls die Unmöglichkeit von keiner Partei zu vertreten ist[54]). Denn andernfalls kann an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung die Verpflichtung zu Schadensersatz treten (sodaß also wahlweise die andere Leistung, und für die unmöglich gewordene Ersatz geschuldet wird). Dabei muß ferner selbst ein wirkliches Verschulden des einen oder anderen Theils durch das ihm zustehende Wahlrecht gedeckt werden. Denn der Wahlberechtigte hat die Befugniß, statt der unmöglich gewordenen Leistung die andere zu bewirken[55]).

α. Liegt somit Schuld[56]) und Wahlrecht auf Seiten des Verpflichteten, so konzentrirt sich das Schuldverhältniß auf die noch mögliche Leistung, und Ersatzansprüche des Gläubigers kommen nicht in Frage[57]). Der Schuldner darf dem Gläubiger nicht statt der noch möglichen Leistung Ersatz für die unmöglich gewordene aufdringen. Wird danach aber auch die andere Leistung unmöglich, so ist zu unterscheiden, ob dies wiederum durch ein vom Schuldner zu vertretendes Verhalten geschehen ist oder nicht. Im ersteren Falle bleibt es einfach bei den Wirkungen der eingetretenen Konzentration. Es hat also der Schuldner für die letzte Leistung Ersatz zu geben. Ist dagegen die letzte Leistung ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden, so darf man aus § 265 nicht schließen, daß er nun gar nicht hafte, weil die letzte Leistung auf Gefahr des Gläubigers steht[58]). Vielmehr ist aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern, daß der Schuldner für sein gesammtes obligationswidriges Verhalten haftet: also auch dafür, daß er dem Gläubiger durch seine frühere That die Gefahr zuschob, die nachher durch Eintritt des Zufalls in Verletzung des

---

Schaden wäre = dem positiven Erfüllungsinteresse. S. u. lit. β.) Ueber das negative Interesse s. noch oben Bd. I § 92 nach Note 10.

53) Oder die mehreren sonstigen Alternativen. Davon wird der Vereinfachung halber nicht weiter die Rede sein.

54) Bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit („Zufall") wird der Schuldner frei. § 275 BGB. Es bleiben also nur die anderen Leistungen als Gegenstand der Wahlschuld übrig. S. schon l. 34 § 6 Dig. de contr. emt. 18, 1 und oben § 150 i. f.

55) Leider stimmt § 265 BGB. mit diesem klaren Prinzip nicht ganz überein. S. u. Note 60—62.

56 Ueberhaupt jedes nach §§ 275 ff. zu vertretende Verhalten. Wir reden der Kürze halber hier von „Schuld".

57) S. jedoch für den Fall des Unmöglichwerdens auch der zweiten Leistung die nachfolgenden Ausführungen.

58) Arg. § 275 BGB. in Verbindung mit der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung bei der Wahlschuld. S. o. Note 8.

Gläubigers umschlug[59]). Hierfür ist der Schuldner ersatzpflichtig; und zwar m. E. so, daß ihm das Wahlrecht der Ersatzleistung für den einen oder anderen Schuldgegenstand verbleibt[60]). — Hat der wahlberechtigte Gläubiger den Untergang des einen Schuldgegenstandes zu vertreten, so müßte dieser einfach als von ihm gewählt gelten, sodaß der Gläubiger nichts mehr zu fordern und nichts zu ersetzen hätte. Doch konzentrirt sich das Schuldverhältniß nach § 265 der Regel nach[61]) hier auf den anderen Gegenstand[62]).

β. Hat der Gegner des Wahlberechtigten die Unmöglichkeit der einen Leistung zu verantworten, so tritt keine Konzentration ein (§ 265 S. 2), vielmehr behält der Berechtigte hier sein Wahlrecht. Derselbe kann sich danach auch für die untergegangene Leistung entscheiden, und demgemäß als Schuldner von der Verpflichtung lossagen (der Gläubiger kann nicht unter Ersatzangebot für diese Leistung die andere verlangen). § 275 BGB. Dagegen kann der Schuldner auch die andere Leistung wählen, also diese bewirken und gleichzeitig für die untergegangene Leistung Ersatz fordern. Umgekehrt kann der wahlberechtigte Gläubiger nach Belieben die noch mögliche Leistung oder Ersatz für die untergegangene verlangen. Sind beide Leistungen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Gläubiger wahlweise Ersatz der einen oder anderen begehren.

---

59) Zwar könnte man sagen, daß auch durch Wahlerklärung des Schuldners dem Gläubiger die Gefahr für den letzten Leistungsgegenstand aufgebürdet werden konnte, und daß er dann (arg. § 275 BGB.) nichts erhielt, wenn dieser Gegenstand ohne Schuld des Debitors unterging. Aber schuldhaftes Zugrundegehenlassen der ersten Leistung steht einer solchen Erklärung nicht gleich. Anders, wenn in der Absicht zu wählen, praesente adversario der eine Gegenstand vom Schuldner vernichtet wurde.

60) Vgl. schon l. 95 § 1 Dig. de sol. et lib. 46, 3. Nimmt man § 265 wörtlich, so haftet der Schuldner überhaupt nicht, was gegen Treu und Glauben verstößt. — Danach kann der Schuldner wenigstens verlangen, so behandelt zu werden, als seien beide Gegenstände durch sein Verschulden untergegangen.

61) Ist die Leistung, wie häufig, nur theilweise unmöglich geworden, so muß dem Gläubiger die Wahl gelassen werden, gegen Entrichtung der vollen Gegenleistung sich mit dem Rest der theilweise unmöglich gewordenen Leistung zu begnügen. — So auch in den Fällen, wo die theilweise Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist. Titze S. 207, 209.

62) Wogegen der erstere selbstverständlich nach allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen ist. — Ueber die Prinzipwidrigkeit und praktische Unbilligkeit dieser Bestimmung äußert sich mit Recht Titze S. 208 ff. Die Folge ist, daß z. B. wer in einem Laden wahlweise 2 Gegenstände kauft und im Herausgehen den einen zerbricht, den zerbrochenen ersetzen und den anderen noch dazu kaufen muß. In den Prot. Bd. 2 S. 283 wurde darüber, als man mit dem gesetzlichen Ausdruck rang, als über eine Frage von „untergeordneter Bedeutung" hinweggegangen. Abhülfe kann unter Umständen das in der vorigen Note Gesagte schaffen.

V. Sonstiger Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 154.

A. Vollständigkeit — Subjekt der Leistung.

Die geschuldete Leistung ist vollständig zu bewirken. Denn nur so läßt sich der wirthschaftliche Zweck des Schuldverhältnisses[1]) erreichen[2]). Erscheint dieser Zweck aber in concreto erreicht, so darf die Leistung vom Inhalt des Schuldverhältnisses abweichen. Im Einzelnen ergibt sich:

1. Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt. § 266 BGB.[3]) Doch ist dies auch nur ein Prinzip. Aus den Vorschriften über die Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben (oben § 142) kann sich z. B. die Nothwendigkeit der Leistung in Abschnitten ergeben[4]); die Aufrechnungsbefugniß[5]) führt vielfach zur Theilerfüllung. Vgl. § 389 BGB. Zahlreiche gesetzliche Vorschriften sanktioniren die Theilleistung geradezu[6]). — Zur Vollständigkeit der Leistung gehört regelmäßig auch die Tragung der Kosten, welche die Leistung verursacht[7]). Im Uebrigen ist der Inhalt des Geschuldeten durch Auslegung zu ermitteln. Es kommt nicht blos der ursprüngliche Schuldgegenstand in Betracht, sondern unter Umständen auch Schadensersatz für Unmöglichkeit oder Verzögerung seiner Lieferung[8]).

2. Der Schuldner hat nicht unbedingt persönlich zu leisten[9]), sondern nur dann, wenn es nach dem wirthschaftlichen Zweck des Schuldverhältnisses dabei auf seine Person ankommt. In diesem Falle wäre die Leistung durch einen Anderen eine qualitativ andere Leistung[10]).

---

1) S. o. § 138.

2) Vgl. G. Hartmann, Die Obligation (1875).

3) Ein allgemeiner Satz der älteren Rechte, gegen den Brachvogel im Archiv f. bürg. Recht Bd. 8 S. 334 ohne genügende Begründung ankämpft. — Aus § 266 folgt hauptsächlich, daß der Gläubiger durch Weigerung der Annahme nicht in Annahmeverzug (s. u. §§ 163 ff.) geräth.

4) In Weigerung der Annahme einer Theilleistung kann unter Umständen Chikane liegen. § 226 BGB.

5) S. u. §§ 191 ff.

6) So beim Theilurtheil (§ 301 CPO.), in der Zwangsvollstreckung, im Konkurs (Konkursdividende), beim Wechsel (Art. 38, 98 WO.).

7) Dagegen sind die Kosten der Quittung (§ 369) und die Kosten der Abholung der Leistung vom Erfüllungsort (s. u. § 155) zu Lasten des Gläubigers. Vgl. § 270 BGB.

8) Darüber s. insbesondere unten §§ 158 ff.

9) S. dazu Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden i. Archiv f. civ. Praxis Bd. 82 S. 367.

10) Beispiele: beim Dienstvertrag (§ 613 BGB.), bei Auftrag, Ver-

Sonst aber kann auch ein Dritter[11]) die Schuld abtragen[12]), und der Gläubiger die Leistung nicht um deswillen zurückweisen, weil sie von einem Anderen als dem Schuldner kommt[13]). Auch nicht unter dem Vorwand, daß die Einwilligung des Schuldners nicht eingeholt sei oder daß die Leistung den Interessen des Schuldners widerspreche! Umgekehrt kann der Schuldner seine Befreiung durch Leistung des Dritten nicht verhindern, wenn der Gläubiger sie annimmt[14]). Nur wenn Gläubiger und Schuldner darüber einverstanden sind, die Leistung des Dritten nicht zuzulassen, kann sie nicht erfolgen[15]). § 267.

Demgegenüber besteht aber ein selbständiges Recht des Dritten auf Leistung für den Schuldner (ohne Rücksicht auf jenen Widerspruch), wenn der Dritte ein eigenes rechtliches Interesse an der Befriedigung des Gläubigers hat. Das ältere Recht erkannte ein solches Interesse nur in vereinzelten Fällen an[16]): unser Gesetz hat das Prinzip ausgestaltet[17]). § 268. Nicht nur ein Pfandgläubiger, sondern Jeder, der durch die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein Recht an diesem Gegenstande[18]) oder den Besitz[19]) zu verlieren, ist

---

wahrung, Gesellschaft (§§ 664, 691, 713 BGB.), bei Zahlung fremder Geldstrafen (Oertmann a. a. O. S. 392 u. Cit.).

11) Auf besonderen Grundsätzen beruhen, also nicht hierher gehörig sind die Fälle, da der Leistende nicht das bestehende Schuldverhältniß erfüllen will, sondern z. B. leistet, um es durch Kauf ꝛc. an sich zu bringen (s. u. §§ 197 ff.). Hier macht er gar nicht die Leistung des Schuldners, sondern zahlt einfach einen Preis, der sich nach Angebot und Nachfrage richtet. Ebensowenig gehört hierher der Fall, wenn Jemand als Gesammtschuldner, Bürge u. dgl. zunächst auf die eigene Schuld leistet und dadurch mittelbar zugleich eine fremde Schuld tilgt. Oertmann a. a. O. S. 378 ff. Selbstredend ist auch der Stellvertreter (Bd. I §§ 103 ff.) des Schuldners kein Dritter.

12) Nur wirkliche Leistung ist gemeint. Auf ein Leistungsversprechen, Aufrechnung ꝛc. des Dritten braucht sich der Gläubiger nicht einzulassen. S. jedoch §§ 268, 1142 Abs. 2, 1249 BGB.

13) D. h. er geräth durch Zurückweisung in Annahmeverzug. S. u. § 163. Aber hinterlegen (s. § 189 Note 1) kann nach den Grundsätzen der vorigen Note regelmäßig nur der Schuldner, nicht der Dritte; wie auch die sonstigen Folgen des Annahmeverzugs zu Gunsten des Schuldners, nicht des Dritten eintreten.

14) Hier auch nicht, wenn der Gläubiger etwas anderes als das Geschuldete an Erfüllungsstatt annimmt.

15) Dies ist aus dem Preuß. Recht entnommen (Pr. A.LR. I Tit. 16 § 51) und erklärt sich aus praktischen Rücksichten.

16) S. die Fälle unten § 201 Note 15 ff.

17) Der § 268 BGB. beruht auf einem Beschluß des Bundesraths. Stammler a. a. O. S. 201 ff.; Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung (1899).

18) Z. B. Pfandrecht, Nießbrauch. Rechte an einem Gegenstand sind dingliche Rechte. Als Titel auf dinglichen Rechtserwerb genügt eine Vormerkung im Grundbuch.

19) Z. B. als Miether, Pächter, Entleiher. Es genügt auch mittelbarer Besitz.

berechtigt, den Gläubiger abzufinden; und zwar regelmäßig sogar nicht blos durch Baarzahlung[20]), sondern auch durch Hinterlegung[21]) und Aufrechnung. Der Vortheil der Abfindung liegt für den Dritten darin, daß in Höhe der Abfindung die Rechte des Gläubigers auf den Dritten übergehen, — und zwar unmittelbar kraft Gesetzes. § 268 Abs. 3. Wir reden hier von Subrogation[22]). Bei theilweiser Abfindung tritt die Subrogation auch nur zu dem entsprechenden Theil ein[23]). Der Dritte hat hier sogar[24]) ein Recht auf theilweise Befriedigung des Gläubigers, wenn letzterer die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand auch nur für einen Theil seines Anspruchs betreibt. Denn das Interesse des Dritten geht nicht weiter als zur Auslösung des Gegenstandes. Anderseits beschränkt sich der Eintritt des Dritten in die Rechte des Gläubigers auf den Rahmen der Abfindung. Für den Rest behält der Gläubiger seine Rechte, und geht mit diesen dem Dritten vor. § 268 i. f.[25]).

Auf Grund des gesetzlichen Uebergangs der Gläubigerrechte kann sich der Dritte nach Abwendung der Gefahr durch Geltendmachung jener Rechte erholen[26]).

Abgesehen davon folgt aus der Leistung des Dritten ein persönliches Regreßrecht des letzteren wider den Schuldner[27]) nach allgemeinen Grundsätzen, wenn er im Auftrage des Schuldners oder als dessen Geschäftsführer handelte[28]). Vgl. §§ 670, 683 BGB. Bei vorgängigem Widerspruch des Schuldners beschränkt sich der Anspruch regelmäßig[29]) auf die vorhandene Bereicherung des Schuldners aus der Leistung. § 684. Dagegen entfällt jeder Anspruch des Leistenden, wenn er nicht die Absicht hatte, für seine Leistung Ersatz zu verlangen. § 685[30].

---

20) S. o. Note 12.

21) Insbesondere wenn die Abfindung vom Gläubiger nicht angenommen wird. Die §§ 372 ff. BGB. sind vom Dritten zu beobachten.

22) S. u. § 201 Ziff. II.

23) Der Uebergang erfolgt aber (ganz oder pro parte) in das gesammte Recht des Gläubigers, also einschließlich der Nebenrechte. S. §§ 401, 412 BGB.

24) Entgegen der Regel Ziff. 1 oben.

25) S. darüber ausführlich unten § 201 II Ziff. 2b.

26) Gegenüber dem Schuldner. Dann aber auch gegenüber den etwaigen Sicherheiten der Forderung (Bürgen und Pfändern). Darin liegt der Hauptvorzug des Uebergangs.

27) Ueber den Unterschied von Schadensersatz und Regreß, s. im Allgemeinen v. Tuhr, Actio de in rem verso (1895) S. 25, 33.

28) S. über Auftrag und nützliche Geschäftsführung unten §§ 253 ff.

29) S. jedoch § 679 BGB.

30) Diese Bestimmung geht weiter als der allgemeine Grundsatz: cuius per

B. Ort und Zeit der Leistung.

§ 155.

1. Leistungsort*.

Die Leistung muß, um vollständig zu sein, am richtigen Orte erfolgen. Diesen Ort nennt man den Leistungsort. § 269 BGB. Derselbe ist für jedes Schuldverhältniß zu bestimmen. An diesem Orte ist der Schuldner zu leisten verpflichtet, an keinem anderen Orte ist er zu leisten berechtigt und verpflichtet[1]). An diesem Ort kann er die Leistung mit rechtswirksamer Kraft dem Gläubiger anbieten[2]). Hier besteht ein Gerichtsstand für das Schuldverhältniß[3]), und nach ihm richtet sich unter Umständen das darauf anzuwendende Recht[4]). Ueber die Bedeutung des Erfüllungsorts für die Beschränkung der Gattungs- und Wahlschuld auf eine bestimmte Leistung s. o. §§ 147 u. 153.

I. Die Bestimmung des Leistungsortes erfolgt

1. nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses.

---

errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio. Weder die Schenkungsform noch Annahme des Schuldners (§ 516 BGB.) ist erforderlich. Man denke z. B. an den Fall, daß der Schuldner der Leistung widersprochen hatte.

*) Vgl. Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort (1862); Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (1871); J. Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsort (1880); Schefold, Erfüllungsort und Gerichtsstand der Erfüllung im Archiv f. civ. Praxis Bd. 87 S. 149. — Dernburg §§ 50—53; Endemann I § 134; Cosack § 103; Mathiaß I § 82; Enneccerus § 172.

1) Daher entscheidet z. B. bei Nichterfüllung des Schuldverhältnisses für den Schadensersatz der Werth des Leistungsgegenstands an diesem Orte. Die Leistung an einem anderen Ort ist Theilleistung oder überhaupt nicht die geschuldete Leistung. Dieselbe braucht daher vom Gläubiger nicht angenommen zu werden und schützt den Schuldner nicht vor den Verzugsfolgen.

2) D. h. mangels Annahme an diesem Orte geräth der Gläubiger in Annahmeverzug. S. u. § 163. Nur bei Geldschulden kann sich aus der eventuellen Uebersendungspflicht des Geldes (§ 270 BGB.) unter Umständen ein Anderes ergeben. S. darüber unten Ziff. II.

3) In Folge der durch die Lokalisation der Leistungspflicht gegebenen Lokalisation der Obligation selbst. S. § 29 CPO. (das Prozeßgesetz redet im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom „Erfüllungsort"). — Das bürgerliche Recht bestimmt den Erfüllungsort und dieser bestimmt den Gerichtsstand; nicht wird der Erfüllungsort durch den Gerichtsstand bestimmt. Theilweise a. M. waren für das gemeine Recht Windscheid, Pand. § 282 Note 5, Wetzell, Civilprozeß § 41 Ziff. I. Aber die römischrechtlichen Anschauungen lagen schon dem gemeinen Recht nicht mehr zu Grunde. Wenn der Gläubiger an einem anderen Orte als dem Leistungsort klagt (z. B. § 12 CPO.), geht das Urtheil nur auf Leistung am (civilistisch zu bestimmenden) Erfüllungsorte. Die röm. Grundsätze über Verurtheilung zur Leistung am Klagort unter Berücksichtigung des sog. interesse loci sind beseitigt.

4) S. darüber oben Bd. I § 27 Note 34, § 28 Note 44.

§ 269 zu Anfang. Die Bestimmung kann eine direkte[5]) oder indirekte: aus den Umständen des Falles sich ergebende sein[6]). Insbesondere wird die Natur der Leistung selbst nicht selten unmittelbar auf einen bestimmten Ort der Vornahme hinweisen, indem sie anderwärts überhaupt nicht oder nicht in der richtigen Art und Weise geschehen könnte[7]). In Ermangelung solcher direkten Anhaltspunkte ist der muthmaßliche Wille der Parteien[8]) durch Auslegung zu ermitteln[9]); bei nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnissen aus deren Sinn und Zweck bezw. aus den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[10]).

2. Ist der Erfüllungsort in dieser Weise nicht besonders bezeichnet, so bestimmt ihn subsidiarisch das Gesetz. Denn es erscheint nicht angängig, in diesem Punkt dem Schuldner völlige Freiheit zu lassen[11]). Die gesetzliche Bestimmung des Erfüllungsorts erfolgt ent-

---

5) Gegen diese kann aus § 269 BGB. bezw. aus einer angeblichen anderweitigen Bestimmung „nach Maßgabe der Umstände" kein Argument hergeleitet werden. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 113 ff. Vorbehaltlich jedoch des Grundsatzes des § 133 BGB.

6) So kann in mehreren successiven Zahlungen, die der Gläubiger an einem anderen als dem gesetzlichen oder bedungenen Zahlungsorte annimmt, unter Umständen ein Verzicht auf den ursprünglichen und Festsetzung eines neuen Zahlungsortes liegen. S. auch die gut motivirte Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 55 ff. Ueber Stillschweigen auf Abänderungsvorschläge s. Bd. I § 86 gegen Ende.

7) Z. B. bei faktischen Leistungen aller Art, die sich auf ein bestimmtes Grundstück beziehen, Reparaturen eines Gebäudes, Verträge auf öffentliche Schaustellungen u. dgl. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 111.

8) Hiernach sind unter Umständen auch individuell bestimmte bewegliche Sachen, die sich (ohne Verschulden des Debitors) an einem dritten Orte befinden, am Orte ihrer Lage zu leisten. Eine gesetzliche Regel dieses Inhalts (vgl. l. 38, 52 § 3 Dig. de iud. 5, 1; l. 12 § 1 Dig. dep. 16, 3; l. 25 Dig. de peric. 18, 6 etc. Art. 324 Abs. 2 des alten HGB.) gibt es aber nicht mehr. — Geliehene Sachen sind regelmäßig dem Verleiher zurückzubringen.

9) S. darüber oben Bd. I § 91. Handelt es sich um vertragsmäßige Verbindlichkeiten, so hat die betreffende Festsetzung den Charakter einer Nebenbestimmung; es ist also Willensübereinstimmung erforderlich. Ob diese vorliegt, ist Thatfrage. Wichtig ist außer einem bestimmten einschlägigen, den Parteien beiderseits bekannten Geschäftsgebrauch (vgl. Crome in Jhering's Jahrb. Bd. 39 S. 364 ff. zu Note 3), wiederum die Rücksicht auf die Beschaffenheit der Leistung (vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 93) und die Verkehrssitte. S. z. B. oben § 147 Note 43. — Aus der Uebernahme der Transportkosten des Leistungsgegenstands bis zu einem gewissen Orte allein ist nicht zu schließen, daß dieser Ort der Leistungsort sein solle. S. § 269 Abs. 3 und unten Ziff. 2 i. f. über den Bestimmungsort. Von größerer Bedeutung ist die Uebernahme der Transportgefahr (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 112).

10) S. § 142 oben. Z. B. versteht es sich von selbst, daß der Dieb die gestohlenen Sachen zurückzubringen hat; der Bestohlene braucht sie nicht bei ihm abzuholen. Der Wiederherstellungspflicht (oben § 151) ist nur genügt, wenn die Herstellung auch hinsichtlich des Ortes erfolgt.

11) Wie es nach den allgemeinen Grundsätzen der Fall sein müßte, wenn nichts bestimmt (das vinculum obligationis in dieser Hinsicht nicht straffer angezogen)

weder durch besondere Vorschrift für einzelne Fälle (s. z. B. §§ 604, 697, 700, 811 BGB.) oder durch eine allgemeine Regel. Diese enthält § 269. Dort ist die Norm für den allgemeinen gesetzlichen Erfüllungsort, die immer anwendbar ist falls besondere Festsetzungen [12]) fehlen [13]). Danach ist der Erfüllungsort in letzter Linie stets an dem Orte, wo der Schuldner bei Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz [14]) — resp. bei Verbindlichkeiten, die im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden sind, wo er zu dieser Zeit seine gewerbliche Niederlassung [15]) hatte. Das Gesetz fixirt hier den Vortheil der Unbestimmtheit der Verbindlichkeit für den Schuldner in der Art, daß er da zu leisten hat, wo es ihm in der Regel [16]) am bequemsten ist. In Ermangelung eines Wohnsitzes wird auch im Sinne dieser Vorschrift der Aufenthaltsort des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit an die Stelle des Wohnsitzes treten. Bei juristischen Personen entscheidet deren Sitz [17]). Besteht ein mehrfacher Wohnsitz rc., so wird zunächst wieder nach den Regeln zu Ziff. 1 der Erfüllungsort aufzusuchen sein [18]); eventuell ergeben sich daraus mehrere Leistungsorte [19]).

---

wäre. Das röm. Recht bestimmte umgekehrt, daß der Gläubiger diesenfalls an jedem Orte fordern könne, wo er den Schuldner belangen konnte (vgl. l. 22 Dig. de reb. cred. 12, 1). Ueber die Unannehmbarkeit des letzteren Satzes für uns s. schon oben Note 3.

12) Nach der obigen Skala: Parteifestsetzung (direkte oder indirekte), besondere Gesetzesvorschrift rc. — Die Beweislast ruht auf demjenigen, der die besondere Festsetzung behauptet.

13) Vorbild war im Wesentlichen das alte deutsche Handelsgesetzbuch Art. 324 ff.

14) S. o. Bd. I § 46. — Spätere Aenderung des Wohnsitzes ist unerheblich. Der Schuldner kann durch sie den einmal begründeten Erfüllungsort so wenig verändern, wie im Fall der Note 8—9 einen solchen durch einseitige Erklärung schaffen.

15) Eine gewerbliche Niederlassung ist nicht jeder Fabrikations-, Geschäfts- oder Versandort, sondern ein wirklicher Gewerbssitz (nur ein solcher bildet das Korrelat des gewöhnlichen Wohnsitzes). Dazu sind dauernde Einrichtungen erforderlich, welche den betreffenden Ort zu einem gesonderten Mittelpunkt des gewerblichen Lebens des Schuldners stempeln. Vgl. auch § 21 CPO., der diesen Ort gleichfalls auszeichnet.

16) Auf den Umstand, daß es ihm zufällig in concreto an einem anderen Orte noch bequemer ist, wird bei der allgemeinen Vorschrift keine Rücksicht genommen. Sonst wäre die gesetzliche Bestimmung überhaupt unmöglich. Als Orte dieser Art könnten z. B. in Betracht kommen der Aufenthaltsort des Schuldners oder der zu liefernden Sache, wenn letztere sich anderswo befindet z. B. an einem anderen Orte lagert. Beide Orte können unter Umständen (nach Maßgabe der Regeln zu Ziff. 1) den gesetzlichen Erfüllungsort ausschließen (s. o. Note 8), andernfalls bleiben sie unberücksichtigt.

17) In weitaus den meisten Fällen wird ein Ort der gewerblichen Niederlassung vorhanden sein. Ueber den Sitz der jur. Personen s. o. Bd. I § 48 Ziff. 3.

18) Z. B. es ist derjenige Wohnsitz, diejenige Gewerbsniederlassung maß-

Mangels besonderer Bestimmung sind hiernach alle Schulden **Holschulden.** D. h. der Gläubiger hat die Leistung abzuholen, nicht hat der Schuldner sie ihm zu bringen oder zu schicken[20]). Immerhin kann das Bringen oder Schicken an einen anderen Ort vom Schuldner besonders **übernommen** sein, ohne daß dadurch der gesetzliche Erfüllungsort verändert[21]), die Schuld zu einer Bringschuld wird. Arg. § 269 Abs. 3. Vielmehr besteht nur eine **Nebenverpflichtung** auf die **Uebersendung,** während die rechtliche Bedeutung des Erfüllungsorts im Uebrigen bestehen bleibt. Den Ort, an welchen der Schuldgegenstand in dieser Weise zu verbringen ist, nennt man den **Bestimmungsort**[22]). Wo Erfüllungs- und Bestimmungsort beabsichtigermaßen auseinanderfallen, reden wir von **Distanzgeschäften.** Hauptfall ist der Distanzkauf (oder Versendungskauf). S. § 447 BGB.[23])

II. **Eine allgemeine Uebersendungspflicht** stellt das Gesetz für **Geldleistungen** auf. § 270 BGB. Dies entspricht dem älteren Recht[24]) und den Verkehrsgrundsätzen. Eine Geldzahlung soll regelmäßig dem Gläubiger gebracht werden; er braucht sie sich nicht beim Schuldner abzuholen. Allerdings ist auch diese Vorschrift nur dispositiv[25]);

---

gebend, in **deren Verwaltungs- oder Geschäftsressort** die betreffende Verbindlichkeit fällt.

19) Ueber die Behandlung des Schuldverhältnisses in diesem Falle s. u. Ziff. III.

20) An seinen Wohnsitz resp. gewerblichen Niederlassungsort 2c. — Eine solche Verpflichtung besteht regelmäßig nicht. Also z. B. **die Kosten der Versendung hat der Gläubiger** zu tragen, — die Nichtübersendung zur Zeit der Fälligkeit bringt mangels besonderer Bestimmung den Schuldner **nicht in Verzug.** Erfüllungsinteresse, Gerichtsstand, das internationalprivatrechtlich auf das Schuldverhältniß anzuwendende Recht, soweit letzteres vom Erfüllungsorte abhängt, bestimmen sich nach dem Wohnsitz 2c. des Schuldners. S. ferner für Gattungs- und Wahlschulden oben § 147 Note 41 und § 153 Note 46.

21) Es würde dann (s. Ziff. 1) an Stelle des gesetzlichen ein anderweitiger Erfüllungsort gesetzt, was selbstverständlich **auch zulässig ist.** Ob das Eine oder Andere gewollt ist, ist Frage der **Auslegung** im **Einzelfalle.** Hauptbeispiel einer **Bringschuld** ist das Zurückbringen entliehener Sachen und die Wiederherstellungspflicht aus unerlaubten Handlungen. S. o. Noten 8 u. 10.

22) Derselbe ist vom Erfüllungsort genau zu unterscheiden, z. B. Gefahr der Leistung, Gerichtsstand und eventuell das anzuwendende Recht (Note 20) richten sich nach dem Erfüllungs-, nicht nach dem Bestimmungsorte u. s. w.

23) S. auch unten § 212 Ziff. 3a und § 213 von der Gefahrtragung beim Kaufe.

24) Vgl. Sächs. GB. § 707, Art. 325 des alten HGB. Noch weiter ging das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 769, welches den gesetzlichen Erfüllungsort für Geldzahlungen an den Wohnsitz des Gläubigers verlegte.

25) Nach dem Gesetz soll sie „im Zweifel" gelten. Es kann also der **Erfüllungsort** beim Gläubiger festgesetzt oder das Geld vom Gläubiger zu **holen** sein. Z. B. das versprochene Darlehen ist beim Geber abzuholen. **Planck** zu

auch tritt sie vor gesetzlichen Vorschriften, die eine anderweitige Regelung der Zahlungspflicht enthalten, zurück. Vgl. z. B. § 1194 BGB. und Art. 92 EG. für Zahlungen aus öffentlichen Kassen. In § 270 handelt es sich also (wie in § 269) nur um eine allgemeine subsidiäre Regel. Kraft dieser werden nicht etwa alle Geldschulden für Bringschulden erklärt[26]), sondern der gesetzliche Erfüllungsort bleibt unverändert: dem Gläubiger ist nur das Geld zu übersenden; und zwar kraft Gesetzes, ohne daß es einer besonderen Verabredung[27]) bedarf. § 270 Abs. 4. Daher wird der Gerichtsstand und die Beurtheilung der Leistungspflicht des Schuldners, soweit sie nach dem Rechte des Erfüllungsortes erfolgt, durch die Bestimmung nicht verändert[28]), — sie richten sich fortdauernd nach dem Erfüllungsort (Wohnsitz des Schuldners bei Entstehung der Verbindlichkeit ꝛc.). Anderseits gelten für die Uebersendungspflicht folgende Regeln.

1. Die Uebersendung hat an den Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen; wenn die Forderung in seinem Gewerbebetrieb entstanden ist, an den Ort der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers[29]).

2. Die Uebersendung hat an den jeweiligen Wohnsitz resp. derzeitigen Sitz der Gewerbsniederlassung des Gläubigers[30]) zu erfolgen. Es entscheidet also der Zeitpunkt der Zahlung[31]). Von der entgegengesetzten Regel in Ansehung des gesetzlichen Erfüllungsortes[32]) ist nur das übernommen, daß die nachträgliche Ortsveränderung dem Schuldner keinen Schaden bringen darf. Daher sind durch die Ortsveränderung entstandene Mehrkosten zu Lasten des Gläubigers, und falls sich die Gefahr der Zusendung dadurch erhöhte, geht die Ge-

---

§ 270. Aehnliches dürfte beim Schenkungsversprechen einer Geldsumme gelten. Die Zahlung auf Inhaberpapiere, indossabele oder sonstige Werthpapiere ist regelmäßig beim Schuldner abzuholen insoweit die betreffenden Papiere Präsentationspapiere sind. S. o. Bd. I § 63 und Dernburg § 52 II Ziff. 5.

26) So Cosack § 103 Ziff. 2a u. A. Dies war der Standpunkt des Preuß. Landrechts (oben Note 24), der eben als zu weitgehend verlassen worden ist. Der Ausdruck kann nur uneigentlich genommen werden.

27) Wie im Falle bei Note 20 ff.

28) Der Verzug des Schuldners beurtheilt sich nach der Zeit der Leistung am Erfüllungsort (Absendung des Geldes), nicht am Bestimmungsort (dem Eintreffen desselben bei dem Gläubiger). S. auch schon Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 438, 445 ff., Bd. 3 S. 117 ff.

29) Natürlich handelt es sich hier nicht um Fabrikationsorte ꝛc. Es ist das oben Note 15 über den dauernden Charakter der getroffenen Einrichtungen Gesagte entsprechend anzuwenden.

30) Derjenigen, zu welcher die Forderung gehört. S. o. Note 18.

31) Sonst hätte die Bestimmung keinen praktischen Werth.

32) S. o. Note 14.

fahr ganz auf den Gläubiger über[33]). § 270 Abs. 3. Im Uebrigen bleibt die Versendungspflicht bestehen.

3. Die Versendung des Geldes erfolgt im Zweifel auf Gefahr und Kosten des Schuldners[34]). Dessen Haftung aus dem Schuldverhältniß geht also hier über die Lieferung am Erfüllungsort hinaus. § 270 Abs. 1.

III. Für ein Schuldverhältniß können mehrere Leistungsorte bestehen — bedungene wie gesetzliche. Sie können kumulativ oder alternativ gemeint sein. Ersteres ist der Fall, wenn die Leistung theils am einen, theils am anderen Orte erfolgen soll; z. B. die Hauptleistung an einem anderen Orte als die Nebenleistungen[35]). Verschieden davon ist der Fall, da ohne Verabredung eines besonderen Leistungsorts mehrere Personen verpflichtet sind[36]), z. B. als Bürgen oder Gesammtschuldner. Hier bestimmt sich der Erfüllungsort selbständig für jede Person[37]).

Alternative Leistungsorte werden, abgesehen von einer dahingehenden besonderen Verabredung[38]), schon durch die einfache Thatsache eines mehrfachen Wohnsitzes des Schuldners begründet[39]). Die Alternative erzeugt ein Wahlschuldverhältniß[40]). Danach steht die Wahl im Zweifel dem Schuldner zu. Auch sonst finden in diesem Umfang die Regeln der Wahlschuld Anwendung.

Bei gegenseitigen Verträgen bestimmt sich für die Verpflichtung eines jeden Kontrahenten der Erfüllungsort selbständig[41]). Soweit Zug um Zug zu leisten ist, muß der für die eine Leistung bedungene Erfüllungsort auch für die andere Leistung gelten[42]).

---

33) Wodurch der Wohnsitz ꝛc. des Gläubigers verändert wurde, ist gleichgültig. Ein Hauptfall der Praxis ist Tod und Beerbung des Gläubigers durch zahlreiche, eventuell ausländische Erben.

34) Auch blos in dieser Hinsicht kann das Gegentheil bedungen sein. S. noch Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 116, Bd. 23 S. 95, 103.

35) Man denke an Zinsen und Kapital, Hauptforderung und Vertragsstrafe u. s. w. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 170. Selbstredend kann in allen diesen Fällen auch für sämmtliche Leistungen der gleiche Ort bedungen sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 435.

36) Schon deshalb, weil hier mehrere Verpflichtungsverhältnisse bestehen. S. o. § 139.

37) Doch gilt der für den Hauptschuldner bestimmte Leistungsort regelmäßig auch für den Bürgen. Nur subsidiarisch hat er an dem für ihn maßgebenden Leistungsorte zu erfüllen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 282, Bd. 34 S. 15. Ferner Türk in den Beitr. z. Erläut. des deutschen Rechts Bd. 44 S. 837.

38) Z. B. daß im Hauptgeschäft oder in einer Filiale, im Geschäftslokal oder am Wohnsitz, an diesem oder an der Börse u. s. w. zu leisten sei.

39) Falls der Wohnsitz nach § 269 BGB. den Erfüllungsort bestimmt.

40) S. o. § 153 nach Note 3.

41) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 121.

42) Nach den Regeln Bd. I Ziff. 1 oben. Danach beurtheilt sich auch, ob

§ 156.

2. Leistungszeit*.

Die Leistung muß nicht nur am richtigen Ort sondern auch zu richtiger Zeit erfolgen. In diesem Zeitpunkt redet man von Fälligkeit der Forderung[1]).

Die Zeit der Fälligkeit muß sich aus dem Schuldverhältniß ergeben. Wäre dies nicht der Fall, die Forderung also niemals fällig, so wäre der Schuldner überhaupt nicht rechtlich verpflichtet — ein Schuldverhältniß nicht vorhanden.

Immerhin ist die Bedeutung der Leistungszeit für das Schuldverhältniß keineswegs die gleiche wie die des Leistungsortes (oben § 155). Die Leistung zu unrichtiger Zeit, insbesondere die einfache Verspätung, macht die Leistung nicht ohne Weiteres zu einer unvollständigen, obligationswidrigen, wie die Leistung am falschen Orte. Kleinere Verspätungen z. B. sind im Leben fast an der Tagesordnung. Die Verzögerung hat daher nur in beschränktem Umfang Rechtsfolgen[2]).

Die regelmäßige Bedeutung der Fälligkeit liegt vielmehr darin, daß von diesem Zeitpunkte ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann, der Schuldner sie machen muß. Regelmäßig entsteht also ein präsenter Anspruch des Gläubigers erst in diesem Zeitpunkt[3]). Die Wirkungen im Uebrigen bestimmen sich nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses[4]).

I. Die Zeit der Leistung wird in erster Linie (direkt oder indirekt) durch den Inhalt des Schuldverhältnisses bezeichnet. Indirekt vor Allem durch die Natur der Leistung, indem dieselbe eine gewisse

---

eine Stundung (z. B. des Kaufpreises) den einmal begründeten Erfüllungsort verändert. Regelmäßig ist dies nicht der Fall.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht I § 50; Gruchot, Lehre von der Zahlung der Geldschuld (1871) S. 130 ff. — Dernburg §§ 54—56; Endemann I §§ 135 ff.; Cosack § 104; Mathiaß I § 80.

1) Der röm. Ausdruck ist dies veniens oder dies solutionis. Vgl. l. 213 Dig. de V. S. 50, 16.

2) S. z. B. die Bestimmungen über Fixgeschäfte (unten Ziff. III i. f. u. § 159 Ziff. I), Verzug (§§ 161 ff.) ꝛc. — Aus der Verzögerung allein folgt noch nicht, daß der Gläubiger etwas verliert. S. noch unten Note 4.

3) Vgl. o. Bd. I § 35 bes. Note 11, § 102 zu Note 8 und § 115 Ziff. 2.

4) So kann die Verzögerung der Leistung Bedingung einer selbständigen Obligation sein, und in gegenseitigen Verträgen wird nicht selten die Verzögerung der einen Leistung als Rücktrittsgrund von der Verpflichtung zur Gegenleistung aufgestellt. Vgl. §§ 346 ff., 357, 360 BGB. — Ueber Leistung des Schuldners vor der Fälligkeit s. u. Ziff. IV.

Zeitdauer oder längere Vorbereitungen erfordert. Im Uebrigen ist der Inhalt der Leistungspflicht auch in dieser Beziehung durch Auslegung bezw. nach dem Prinzip von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln[5]). Dabei kann sich für Haupt- und Nebenleistungen oder für einzelne Theile der Gesammtleistung eine verschiedene Leistungszeit ergeben; es sind auch alternative Leistungszeiten[6]) möglich. Bei gegenseitigen Verträgen wird die Verpflichtung jedes Kontrahenten für sich fällig, soweit sich nicht aus bedungener Zug- um Zugleistung Gleichzeitigkeit der Fälligkeit ergibt[7]).

Läßt sich in dieser Weise keine besondere Leistungszeit ermitteln, so greift wieder das Gesetz ein. Und zwar entweder durch Bestimmungen für einzelne Fälle (vgl. z. B. §§ 551, 604 bes. Abs. 2, 608 ff., 614, 641, 695 ff., 699, 721, 760, 1361, 1612, 1710, 2181, 2186 BGB.), oder (in deren Ermangelung) durch eine allgemeine Regel. Danach kann, wenn eine andere Leistungszeit nicht zu ermitteln ist, die Leistung unmittelbar gefordert und bewirkt werden. § 271 Abs. 1[8]). Die Forderung ist dann also sofort fällig[9]).

II. Nicht selten ist die Festsetzung der Leistungszeit einseitig in die Hand der einen oder anderen Partei gelegt[10]). Diese Partei hat die Befugniß, durch einseitige der anderen gegenüber abzugebende Erklärung[11]) die Fälligkeit der Schuld herbeizuführen. Sie hat diese Befugniß entweder auf Grund der Parteiverabredung oder unmittelbar kraft Gesetzes (s. z. B. §§ 564, 609, 620 BGB.). Die Erklärung, daß man zu bestimmter Zeit die Leistung erwarte oder selbst leisten wolle, heißt Kündigung. Man spricht auch davon, daß das Schuld-

5) Vgl. o. § 155 Note 9. — Soweit es sich bei Bestimmung der Fälligkeit um eine Zeitberechnung handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze der letzteren (Bd. I § 120) zur Anwendung. Unbestimmte Ausdrücke: z. B. daß der Schuldner zahlen solle „wann er könne", sind im Zweifel so auszulegen, daß der Schuldner sich nicht jeder Verpflichtung entziehen kann. Hier wird letztlich der Richter die Leistungszeit in angemessener Weise zu bestimmen haben. S. noch § 359 HGB. u. Entsch. d. ROHG. Bd. 3 S. 185, des RG. Bd. 34 S. 19.

6) Wie alternative Erfüllungsorte.

7) Vgl. o. § 155 Ziff. III.

8) Dies erkannte schon das röm. Recht an (l. 14 Dig. de R. J. 50, 17). Da ein entfernterer Leistungstag nicht bestimmt sei, müsse es der nächste sein (statim debetur quod sine die debetur).

9) Die Folge ist: bei nicht sofortiger Leistung kann der Schuldner in Leistungsverzug gesetzt werden (unten §§ 161 ff.); durch Nichtannahme der angebotenen Leistung kommt der Gläubiger (nach den Regeln § 163 unten) in Annahmeverzug, ja unter Umständen — falls (wie in § 433 Abs. 2 BGB.) eine Annahmepflicht für ihn besteht — in Leistungsverzug.

10) Durch eine besondere Bestimmung bei Begründung des Schuldverhältnisses.

11) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88.

verhältniß „auf Kündigung stehe“[12]). Die Kündigung ist dem anderen Theile gegenüber zu erklären[13]) und steht je nachdem dem Gläubiger oder dem Schuldner zu, — oft bildet sie eine Befugniß beider Theile. Vor Allem sind Schuldverhältnisse von längerer Dauer (wie Miethe, Pacht, Gesellschaft, Dienstverträge ꝛc.) regelmäßig kündbar. Sie werden dadurch für die Zukunft beendigt, während die bereits entstandenen Verbindlichkeiten bestehen bleiben und (soweit sie es noch nicht sind) fällig werden. — Wo das Gesetz die Kündigung vorsieht, bestimmt es in der Regel auch die näheren Voraussetzungen; insbesondere die Einhaltung einer sog. Kündigungsfrist, d. i. die Zeit, welche dem anderen Theile zwischen dem Empfang der Kündigung und der Leistung bezw. deren Annahme gelassen werden muß[14]). Denn häufig muß sich der andere Theil darauf erst vorbereiten. Eine solche Frist pflegt auch gemeiniglich in einer rechtsgeschäftlichen Kündigungsklausel gesetzt zu werden oder ergibt sich im Wege der Auslegung aus deren anderweitigem Inhalt. Andernfalls[15]) führt die Kündigung unmittelbar die Fälligkeit der davon abhängigen Leistungen herbei[16]).

Die Kündigung bedarf (von ihrer Empfangbarkeit abgesehen) keiner besonderen Form. Unter Anwesenden genügt also die mündliche Erklärung. Die Kündigung kann auch in einer Klage oder in einer dem Gegner zugegangenen Aufrechnungserklärung[17]) enthalten sein[18]). Eine bedingte Kündigung kann vom Empfänger zurückgewiesen werden[19]).

Die vom Gegner empfangene oder ihm zugestellte Kündigung schafft einen definitiven Rechtseffekt, d. h. sie bindet auch den Kündigenden, führt also unwiderruflich wider ihn selbst die Fälligkeit der Schuld herbei[20]). Es liegt darin eine Verfügung über das

---

12) Vgl. Immerwahr, Die Kündigung (1898); Thiele, Die Kündigung im Arch. f. civ. Prax. Bd. 89 S. 85. Dernburg § 55.

13) S. o. Note 11. Sie wirkt also erst nach Empfang resp. Zustellung an den Gegner. — Auch mittelst Klage ist Kündigung möglich. Darüber Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 23 ff. S. noch das. S. 32.

14) S. z. B. §§ 565, 581, 595, 609, 621, 1193 u. s. w. BGB.

15) Auch gesetzlich im Falle § 605 BGB.

16) Unter Berücksichtigung des oben Ziff. I Gesagten, wonach jedenfalls die zur Vornahme der Leistung unumgänglichen Vorbereitungen zu berücksichtigen sind. Es entscheidet das Prinzip des § 242 BGB.

17) S. Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 148 ff.

18) Wegen Zustellung der Kündigung vgl. § 132 BGB.

19) S. die Ausführungen Bd. I § 97 bes. Note 16.

19) Gemäß § 132 BGB. Dies wäre nicht mehr Kündigung.

20) Damit steht nicht in Widerspruch, daß der Effekt durch übereinstimmenden Willen beider Theile wieder aufgehoben werden kann. —

Schuldverhältniß[21]). Daher setzt die Kündigung die entsprechende Fähigkeit voraus[22]). Im Uebrigen beurtheilt sich nach der Parteivereinbarung, wem gültig gekündigt werden kann: ob nur dem anderen Theile selbst oder auch sonstigen Personen (Zustellungsbevollmächtigten ꝛc.)[23]). Entziehen sich die hiernach bestimmten Personen der Kündigung, so ist zur öffentlichen Zustellung zu schreiten. § 132 Abs. 2 BGB.[24]).

III. Die Festsetzung einer besonderen Leistungszeit hat dem Gesagten gegenüber den Charakter einer Begünstigung des Schuldners. Das heißt: der Schuldner darf trotz der Zeitbestimmung sofort leisten[25]), — der Gläubiger darf aber vor Eintritt der Fälligkeit nicht fordern[26]). Die Festsetzung einer besonderen Leistungszeit begründet also regelmäßig eine Zahlungsfrist für den Schuldner, innerhalb deren er den Leistungszeitpunkt beliebig wählen[27]), über welche hinaus er nicht warten darf. Indessen gilt dies doch nur, falls keine andere Absicht bei Festsetzung der Leistungszeit erhellt; und nur in diesem Sinne wird es in § 271 Abs. 2 ausgesprochen[28]).

Im Gegensatz dazu steht Folgendes:

1. Daß die Festsetzung der Leistungszeit im Interesse des Gläubigers erfolgt; sodaß letzterer bis zu jenem Termin fordern kann, aber die Leistung nicht anzunehmen braucht[29]).

Ebenso ist eine Anfechtung wie bei Rechtsgeschäften überhaupt möglich. S. Bd. I §§ 80 ff.

21) S. o. Bd. I § 74 zu Note 16.

22) S. darüber bes. Bd. I §§ 83 u. 84.

23) Z. B. dem Bizewirth des Miethhauses. — Die Kündigung gegenüber dem Hauptschuldner wirkt auch gegenüber dem Bürgen. Dernburg § 55 i. f.

24) Dernburg a. a. O. behauptet unter Bezugnahme auf das bisherige Recht, wer sich der Zustellung der Kündigung schuldhaft entzogen habe, hafte auch ohne Kündigung so, wie wenn sie ihm zugekommen wäre, weil er die Folgen seines Verschuldens nicht auf den anderen Theil abwälzen könne. Dies ist gegenüber § 132 BGB. heutzutage insoweit unhaltbar, als die öffentliche Zustellung nicht vergebens versucht wurde. Denn insoweit kann der Gegner mit Grund einwenden, daß der Andere sich die Folgen der unterbliebenen Kündigung selbst zuzuschreiben habe. Die heutige Regelung dient auch der Rechtssicherheit.

25) Bei Nichtannahme der Leistung also den Gläubiger nach den Grundsätzen des § 163 unten in Annahmeverzug versetzen!

26) So schon im röm. Recht. Vgl. l. 38 § 16, l. 41 § 1 Dig. de V. O. 45, 1; l. 70 Dig. de sol. 46, 3; l. 17 Dig. de R. J. 50, 17.

27) Abgesehen von unpassenden Zeiten. Insbesondere die Vorschriften über den Annahmeverzug enthalten das nothwendige Korrektiv gegen Mißbräuche. S. z. B. § 299 BGB.

28) § 271 Abs. 2: „so ist im Zweifel anzunehmen . . . . .“

29) So z. B. bei bedungener Verwahrung von Gegenständen für eine gewisse Zeit, oder wenn das Schuldverhältniß auf Kündigung seitens des Gläubigers gestellt ist ꝛc. Vgl. §§ 609 Abs. 3, 696 BGB.

2. Oder die Leistungszeit ist im Interesse beider Theile bestimmt; sodaß vor dem festgesetzten Termin weder der Gläubiger anzunehmen noch der Schuldner zu leisten braucht[30]). — Dies ist schließlich noch in der Weise möglich, daß der Schuldner zu einer anderen als der festgesetzten Zeit überhaupt nicht leisten darf, indem die Zeit der Leistung wesentlich ist. Und zwar

a) entweder so, daß nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses Leistung zu anderer Zeit ihrer Natur nach gar nicht als die geschuldete angesehen werden kann[31]);

b) oder so, daß Leistung ohne Rücksicht auf ihre Natur zu bestimmter Zeit oder innerhalb eines fest bestimmten Zeitraums besonders bedungen ist. Hier spricht man von Fixgeschäften[32]). Die Leistung zu anderer Zeit kann vom Gläubiger zurückgewiesen, bei gegenseitigen Verträgen auch im Zweifel in solchem Fall von dem Geschäfte zurückgetreten werden. § 361 BGB. Die Fixklausel kann auch nachträglich einem Geschäft durch übereinstimmenden Willen der Parteien einverleibt werden[33]).

IV. Leistet der Schuldner vor der Fälligkeit der Forderung[34]), so erhält der Gläubiger in der Zwischenzeit die Nutzungen[35]) des Leistungsgegenstandes bis zur Fälligkeit. Dies involvirt eine Bereicherung des Gläubigers, falls letzterer nicht ohne-

30) So regelmäßig bei ausgeliehenen verzinslichen Forderungen mit festbestimmter Leistungszeit, insbesondere bei der hypothekarischen Anlage von Geldern auf Zins ohne vorbehaltene Kündigung.

31) Z. B. zu einem bestimmten Festzug wird ein Fenster gemiethet. Ueberlieferung des Fensters, nachdem der Festzug vorüber ist, ist nicht die geschuldete Leistung. Hier hat die Zeit der Leistung ähnliche Bedeutung, wie oben § 155 der Leistungsort. Der Ausdruck „Fixgeschäfte" paßt hierauf nicht genau.

32) Die Art des Ausdrucks, daß „fix" zu einem bestimmten Termin oder innerhalb bestimmter Frist geleistet werden solle, ist gleichgültig. Es entscheidet die erkennbare Parteiabsicht. Z. B. es wird vereinbart, daß „genau", „präzis", „spätestens bis" zu liefern sei; es wird dem Vertrag eine Verwirkungsklausel (clausula cassatoria) für den Fall einverleibt, daß nicht rechtzeitig geliefert werde. § 360 BGB. S. dazu Entsch. d. ROHG. Bd. 7 S. 386, Bd. 9 S. 408 ff. u. d. RG. Bd. 1 S. 64.

33) In schärffster Ausbildung kommen die Fixgeschäfte im Handelsrecht vor. Doch kennt auch das bürgerliche Recht zahlreiche Fälle: z. B. die Bestellung eines Transportmittels für eine bestimmte Zeit, Verrichtung einer Arbeit binnen bestimmter Frist. — Bei Sachmiethe und Pacht dagegen berechtigt regelmäßig eine geringe Verzögerung der Ueberlieferung den Miether und Pächter noch nicht zum Rücktritt. S. § 542 Abs. 2 BGB.

Von den besonderen Eigenthümlichkeiten der Fixgeschäfte wird an den geeigneten Stellen die Rede sein. S. bes. unten §§ 159 I, 172 und Dernburg § 56.

34) Vorauszusetzen für das Folgende ist, daß dies nach Inhalt des Schuldverhältnisses erlaubterweise geschieht. S. o. Ziff. III.

35) Gebrauch und Erträgnisse. § 100 BGB.

hin (nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses) auf jene Vortheile Anspruch hat, z. B. das geschuldete Kapital zinstragend ist. Gleichwohl darf auch im anderen Fall der Schuldner, welcher vorzeitig leistet, jene Vortheile nicht abziehen[36]); ebensowenig sie, wenn er irrthümlich zu früh leistete, zurückfordern. Der Diskont (Zwischenzins) ist zum Vortheil des Gläubigers. Der Schuldner hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er früher leistete als er verpflichtet war; wenn der Gläubiger die vorzeitige Leistung nicht zurückweisen darf, so ist ihm auf der anderen Seite nicht zuzumuthen, den von der Leistung gemachten Abzug durch geeignete Anlage der Gelder wieder einzubringen. §§ 272, 813 Abs. 2 BGB. — Ein Abzug kann daher nur auf Grund besonderer Gestattung des Gläubigers[37]), und abgesehen davon in den Fällen gemacht werden, da der Schuldner kraft Gesetzes vor der Fälligkeit leisten muß[38]). So in § 1133 i. f. (1192, 1200), 1217 Abs. 2 BGB.[39]) und insbesondere im Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners, wo im Interesse der gleichmäßigen Vertheilung der Masse die noch nicht fälligen Forderungen wie die fälligen zu berücksichtigen sind. § 65 KO.

In Fällen der letzteren Art ist schließlich der gegenwärtige Werth der in Zukunft zu bewirkenden unverzinslichen Leistung festzustellen. Zu diesem Zweck muß der Betrag des Zwischenzinses vom Kapital abgezogen werden. Dies ist eine mathematische Prozedur. Sie geschieht nicht einfach so, daß von dem Schuldbetrag die Zinsen für die Zeit bis zur Fälligkeit abgezogen werden[40]), sondern

---

36) Römisch sprach man vom commodum repraesentationis (l. 88 § 5 Dig. de legat. II), bei Geldschulden insbesondere vom interusurium (l. 9 § 8 Dig. de pec. 15, 1; l. 66 pr. ad leg. Falc. 35, 2). Heute spricht man von Diskont oder Zwischenzins.

37) In welchem Fall der Inhalt der Vereinbarung schlechthin maßgebend ist. Die nachfolgenden Regeln über die Berechnung kommen nicht zur Anwendung. Z. B. der Diskont im heutigen Handelsverkehr insbesondere im Wechselverkehr pflegt nicht nach der unten angegebenen Methode berechnet zu werden. — Uebrigens gilt im Zweifel auch hier, daß Verzichte streng auszulegen sind.

38) Also wo er gegen den Inhalt des Schuldverhältnisses aus besonderen Gründen des Vortheils der Zeitbestimmung verlustig geht. Derartige Vorschriften existiren vielfach zur Sicherung der Gläubigerschaft.

39) Hier wird durch das Verhalten des Schuldners die für die Forderung bestellte Realsicherheit vermindert bezw. nachdem sie durch andere Umstände vermindert war, nicht wieder aufgebessert. Die in der Zeitbestimmung liegende Begünstigung des Schuldners hat gewisse Garantieen zur Voraussetzung, die nicht mehr vorliegen.

40) Sog. „Carpzov'sche Methode". S. auch l. 88 § 3 Dig. ad leg. Falc. 35, 2. Danach würde z. B. bei einem Kapital von 1000 M., das nach 10 Jahren zahlbar ist, bei gesetzlichem Zinsfuß von 4% der Zwischenzins 400 M. betragen,

es ist die Summe auszumitteln, welche unter Hinzurechnung der von ihr zu ziehenden gesetzlichen Zinsen am Tage der Fälligkeit den Schuldbetrag ergibt[41]). Diese Berechnungsart wird denn auch in den verschiedenen oben erwähnten Gesetzesstellen vorgeschrieben[42]). Nur in der Hinsicht sind sie positiv, daß sie die Einrechnung von Zinseszinsen ausschließen[43]). Dies entspricht der auch sonst festgehaltenen Regel[44]).

V. Zuweilen wird die Leistungszeit durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner nachträglich hinausgeschoben (Stundung). Dadurch wird das Recht des Gläubigers, die Leistung fordern zu können, wieder hinausgerückt: der vorhandene Anspruch also zur Zeit wieder beseitigt. Die Stundung ist aber auch so möglich, daß sie nur die Nebenverabredung enthält, die Schuld jetzt nicht beitreiben zu wollen: dann begründet sie nur ein Gegenrecht des Schuldners wider den vorhandenen Anspruch — eine Einrede[45]). Im Zweifel wird das letztere angenommen werden müssen, da der in der Stundung liegende Verzicht des Gläubigers regelmäßig nicht als ein solcher auf die Fälligkeit der Forderung angesehen werden kann[46]). Vgl. auch § 202 Abs. 1 BGB.

---

also heute nur 600 M. auszuzahlen sein. Aber diese Rechnung ist falsch, da 600 M. zu 4% in 10 Jahren nur 240 M. Zinsen bringen, mithin der Gläubiger alsdann nicht 1000 sondern nur 840 M. haben würde. Gleichwohl wird die bequeme Carpzov'sche Methode nicht selten vertraglich oder usuell angewendet. S. o. Note 37.

41) Sog. Hoffmann'sche Methode. Es läßt sich dafür folgende Formel aufstellen. Bezeichnet S die Schuldsumme, n die Zahl der Jahre bis zur Fälligkeit und P den Zinsfuß, so ist die zu suchende Summe $X = \frac{100\ S}{100 + n\ P}$. Im Falle der vorigen Note ist also die heute auszubezahlende Summe 714 M. 29 Pfg. (Diese Summe ergibt in 10 Jahren zu 4% 285 M. 71 Pfg., sodaß der Gläubiger am Tage der Fälligkeit 1000 M. hat.)

42) Der Ausdruck ist nicht überall gleichmäßig, wohl aber der Sinn. Als Zinsfuß konnte nur der gesetzliche (§ 246 BGB.) zu Grunde gelegt werden, da dem Gläubiger nicht angesonnen werden kann, einen anderen Zinsbetrag von dem heute Geleisteten einzubringen. Fructus percipiendi sind für ihn die gesetzlichen Zinsen!

43) Sog. Leibniz'sche Methode. Danach würde die jetzt zu zahlende Summe entsprechend kleiner sein. Aber dem Gläubiger kann nicht zugemuthet werden, dieselbe auf Zinseszinsen anzulegen.

44) S. o. § 149 Ziff. 5.

45) S. o. Bd. I § 36 Text vor Note 12. Friedenthal, Einwendung und Einrede (1898) S. 43 ff. will nur das erstere gelten lassen, aber ohne genügende Gründe. Im Gegentheil man wird im Zweifel das letztere annehmen müssen. S. den Text.

46) Es ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, daß der Gläubiger sich an seinem Recht im Uebrigen etwas vergeben wollte. — Das Gericht hat die

Endlich gibt es auch eine erzwungene Stundung. Diese war im älteren Recht sehr häufig; doch sind die landesherrlichen und gerichtlich ertheilten „Moratorien" an bedrängte Schuldner heute durchweg beseitigt. Vgl. § 14 Ziff. 4 EG.CPO., § 4 EG.KO. In Betracht kommt noch Folgendes:

a) Die sog. Rechtswohlthat des Nothbedarfs[47]) kann zu einer Stundung führen, indem der Schuldner auf Grund seiner Vermögensinsuffizienz die Leistung verweigern darf soweit er sie ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts rc. nicht zu bewirken vermag; — aber nicht endgültig, sondern nur bis er wieder in bessere Vermögensverhältnisse kommt. Vgl. z. B. §§ 519, 529 Abs. 2 BGB. Die Wirkung der Rechtswohlthat geht unter Umständen noch weiter. S. z. B. § 528 BGB.[48])

b) Aehnlich verhält es sich bei den durch die Prozeßgesetzgebung aufgestellten Beschränkungen der Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 811 ff., 850 ff. CPO.) Insofern hiernach der Schuldner nur noch unpfändbare Gegenstände besitzt, wird mittelbar der Gläubiger zu einer Stundung genöthigt[49]).

c) Schließlich kann im Konkursverfahren durch Vereinbarung des Gemeinschuldners mit der Mehrheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger unter Zustimmung des Konkursgerichts der Minderheit eine Stundung ihrer Forderungen auferlegt werden. Vgl. §§ 173 ff. KO. über den Zwangsvergleich[50]). Dies geschieht im eigenen wohlverstandenen Interesse der Gläubigerschaft. Die Mehrheit berechnet sich in erster Linie nach der Höhe der Forderungen; erst daneben nach der Personenzahl: der einfachen Mehrheit der im Vergleichstermin anwesenden stimmberechtigten Gläubiger[51]).

Bedeutung des konkreten Stundungsvertrags durch Auslegung festzustellen. Wichtig ist dies besonders beim Ausbleiben des Schuldners.

47) Ueber das sog. beneficium competentiae s. u. § 186 Ziff. 2 und das Recht der Schenkung.

48) S. u. § 233 Ziff. II.

49) Solche Exekutionsbeschränkungen enthielt schon das röm. Recht. Vgl. l. 7, 8 Cod. quae res pign. 8, 16. S. auch l. 6, 7 Dig. de pign. 20, 1. Das Nähere gehört in's Prozeßrecht.

50) Auch dieses Institut war schon im röm. Recht bekannt und beschränkte sich hier auf die Auferlegung einer Stundung im Maximum von 5 Jahren. Vgl. l. 8 Cod. qui bon. ced. 7, 71. Die heutigen Befugnisse der Gläubigerschaft gehen viel weiter. Das Detail s. u. § 195 Ziff. III.

51) Vgl. §§ 182 ff. KO. Ob die Minderheit im Uebrigen an dem Konkursverfahren theilgenommen hat, ist gleichgültig. — Auf die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Kridars hat der Zwangsvergleich keinen Einfluß; ebensowenig auf die Realisiruug von Pfandrechten. § 193 KO.

C. Haftung des Schuldners für die Leistung.

§ 157.

I. Der Schuldner haftet bei der Leistung regelmäßig für jedes Verschulden, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit. § 276 S. 1 BGB.[1]) Zwar kann die Haftung bis zur Uebernahme einer absoluten Leistungspflicht gesteigert sein: der Schuldner hat dann jede irgendwie von ihm verursachte Nichtleistung zu vertreten. Aber der Regel entspricht eine derartig ausgedehnte Haftung des Schuldners nicht. Umgekehrt kann die Haftung herabgemindert sein bis zum Einstehen für Vorsatz. § 276 Abs. 2 BGB. Auch kraft Gesetzes wird zuweilen nur für grobe Fahrlässigkeit oder für die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten gehaftet[2]): ersteres regelmäßig wenn das Schuldverhältniß ausschließlich im Interesse des Gläubigers besteht oder fortbesteht[3]), — letzteres wenn damit eine gewisse Vermischung der eigenen und fremden Angelegenheiten verbunden ist[4]). Geht das Schuldverhältniß darauf, einen gewissen Gegenstand 2c. zu beaufsichtigen oder zu verwahren[5]), so bezieht sich die nach dem Schuldverhältniß im Allgemeinen zu prästirende Sorgfalt auch auf die Beaufsichtigung oder Verwahrung (custodia)[6]). Ebenso versteht es sich bei der vertraglichen Uebernahme von Arbeiten, Geschäftsbesorgungen u. dgl. von selbst, daß der Uebernehmer die dazu erforderliche Geschicklichkeit besitzen muß. Es ist Fahrlässigkeit, Arbeiten zu übernehmen, die man nicht versteht.

---

*) Die Litteratur s. Bd. I zu §§ 107, 109, 110 Note 3 und hinsichtlich der Haftung für fremdes Verschulden hier unten Note 7. — Dernburg §§ 63—70; Stammler S. 111; Endemann I §§ 111—116; Cosack § 71; Mathiaß I § 83; Enneccerus I §§ 194—196.

1) Ueber diese Begriffe s. o. Bd. I § 109.

2) S. über alle diese Dinge schon oben Bd. I § 109 Ziff. 3b und Ziff. 5.

3) So wird blos für grobe Fahrlässigkeit gehaftet in § 300 BGB. (während des Gläubigerverzugs), § 521 (bei der Schenkung), § 599 (Leihe), § 680 (bei Geschäftsführung ohne Auftrag und Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden unmittelbaren Gefahr).

4) Hier muß man sich damit begnügen, daß der Schuldner die eigenen und fremden Angelegenheiten gleich sorgfältig behandelt. So unter Gesellschaftern nach § 708; ferner nach § 690 bei der Aufbewahrung sofern der Verwahrer keine Vergütung für seine Mühewaltung erhält. Ebenso in zahlreichen Verhältnissen des Familien- und Erbrechts (wie unter Eheleuten, Eltern und Kindern, Vor- und Nacherben). S. §§ 1359, 1664, 1686, 2131 BGB.

5) Nicht nur überhaupt (wie in §§ 688, 701 ff. BGB.), sondern auch als Nebenverbindlichkeit. Z. B Aufbewahrung der gekauften Sache bis zur Ablieferung.

6) Die sog. diligentia in custodiendo hat insofern nicht Besonderes an sich. Vgl. Engelmann, Die custodiae praestatio (1897).

II. Dem eigenen Verschulden des Verpflichteten bei Bewirkung der geschuldeten Leistung[7]) wird dasjenige seines gesetzlichen Vertreters[8]) und das Verschulden der Personen gleichgestellt, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. § 278 BGB.[9]) Dies gilt für Schuldverhältnisse aller Art, auch für gesetzliche. Anderseits ist die Vorschrift nicht zwingend: es kann also der Schuldner die Haftung für die genannten Personen durch Vereinbarung mit dem Gläubiger ausschließen, — ja selbst das Einstehen für vorsätzliche Beschädigungen solcher Zwischenpersonen ablehnen. § 278 Satz 2[10]).

1. Die in § 278 aufgestellte Haftung für fremdes Verschulden bezieht sich nur auf die Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten. Sie tritt daher nicht ein, wo das Verschulden Grund des Anspruchs ist[11]): also z. B. nicht bei Delikten[12]), nicht bei der sog. culpa in con-

---

7) Vgl. zum Folgenden Goldschmidt, Zschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 284ff.; Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1861); v. Wyß, Haftung für fremde culpa (1867); Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte (1886); Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehülfen (1893); M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung (1896) S. 70; Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen (1898); Kisch, Unmöglichkeit (1900) S. 103; Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 65 (Unterlassungen betreffend).

8) S. o. Bd. I § 83 zu Note 4, § 104 Note 36. Es beruht auf dem Prinzip der modernen gesetzlichen Vertretung, daß das Verschulden des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen ist. — Für die Vorstände juristischer Personen, welche die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" haben, gelten besondere Vorschriften. S. §§ 31, 86, 89 BGB. und oben Bd. I § 48 Ziff. 2 ꝛc.

9) Der sog. Hülfspersonen zur Leistung. Nach röm. Recht haftete der Schuldner nicht für fremdes, sondern grundsätzlich nur für das eigene Verschulden. Bediente er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit fremder Hülfskräfte, so konnte dies nur heißen, daß er für ordnungsmäßige Auswahl und Instruktion dieser Personen verantwortlich war (er haftete für culpa in eligendo und in custodiendo). Darüber hinaus gab es nur einige allgemein anerkannte Fälle einer absoluten Haftung des Schuldners für seine Leute. So bei der locatio-conductio operis, bei Gastwirthen und Schiffern. Vgl. über das Prinzip z. B. l. 27 § 9 Dig. ad l. Aquil. 9, 2; l. 11 pr. Dig. locati 19, 2, — über die Ausnahmefälle l. 25 § 7 Dig. locati; l. 6 und 7 Dig. nautae caupones 4, 9; l. un. Cod. furti adversus nautas 47, 5. Die neuere Gesetzgebung (insbes. das Preuß. Allg. Landrecht und das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch) hat die Fälle vermehrt, die gemeinrechtliche Wissenschaft suchte sie auszudehnen. Das franz. (Art. 1384 Code civil) und schweiz. Recht haben eine unbedingte Haftpflicht des Schuldners für seine Hülfspersonen bei Bewirkung der Leistung aufgestellt. Dem schließt sich das Bürgerliche Gesetzbuch an. Durch die Dazwischenschiebung solcher Mittelspersonen, wie Dienstboten, Arbeiter, Gesellen, Lehrlinge, Dienstmänner, die meistens selbst ersatzunfähig sind, soll der Gläubiger nicht leiden. Ihr Verschulden bei Bewirkung der Leistung wird wie ein Verschulden des Verpflichteten selbst angesehen.

10) Im Gegensatz zur Ablehnung der Haftung für eigenes vorsätzliches Handeln. Hier wäre der Ausschluß unsittlich (vgl. § 138 BGB.). Beim Ausschluß der Haftung für andere Personen kann man dies nicht sagen.

11) S. über diese Fälle näher Bd. I § 127 zu Note 15—16. — Von der

trahendo[13]). Hier ist die Haftung des Herrn für seine Angestellten ꝛc. keineswegs eine schrankenlose. Nur wo der Schuldner sich in Ausführung der ihm kraft des Schuldverhältnisses[14]) zustehenden Befugnisse und Obliegenheiten[15]) fremder Hülfe bedient, thut er dies auf eigene Gefahr.

Dies gestaltet sich im Einzelnen verschieden.

a) Der Schuldner hat das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters stets zu verantworten, falls es sich nur in Ausführung des Schuldverhältnisses ereignete (mag es sich um die Ausübung von Befugnissen oder um die Erfüllung von Pflichten handeln). Dinge, welche der Vertreter sich blos „gelegentlich" der Ausführung hat zu Schulden kommen lassen, hat der Schuldner nicht zu vertreten[16]).

b) Das Verschulden von Hülfspersonen hat der Schuldner zu vertreten, wenn sie für ihn oder mit ihm Erfüllungshandlungen vornehmen[17]). Für ihr Handeln bei Ausübung der aus dem Schuldverhältniß entspringenden Befugnisse[18]) haftet der Schuldner nur[19]), wenn damit eine ordnungsmäßige Behandlungspflicht des Schuldgegenstandes[20]) verbunden und diese verletzt ist[21]). Gleichgültig ist dabei, ob dem Dritten in dessen eigenem Interesse oder im Interesse des Schuldners die Möglichkeit der Einwirkung auf den Schuldgegenstand eröffnet wird[22]). Dagegen muß die Einwirkung vom

Sonderstellung der gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person (wo diese Unterscheidung nicht gemacht wird) war schon die Rede. S. o. Note 8.

12) S. §§ 831 ff. BGB. und unten die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

13) S. o. § 151 Note 25 ff. u. Cit.

14) Es muß sich in der betreffenden Angelegenheit, bei welcher der Schaden entstand, um eine wirkliche Schuldverpflichtung handeln. Z. B. rufe ich dem Droschkenkutscher zu, schnell zu fahren, und dieser überfährt dabei einen Passanten, so findet § 278 BGB. keine Anwendung.

15) In diesem weiteren Sinne ist der § 278 BGB. im Allgemeinen zu verstehen.

16) Die Unterscheidung ist die bekannte und schon öfter besprochene. Vgl. z. B. Bd. I § 48 Note 12.

17) Weshalb (ob gegen Entgelt oder unentgeltlich, z. B. aus Freundschaft) ist gleichgültig. Ebenso ob höhere oder niedere Hülfsdienste geleistet werden. Z. B. die Partei ist auch für ihren Rechtsanwalt verantwortlich.

18) Z. B. Benutzung der gemietheten oder geliehenen Sache.

19) Nach § 278 BGB. unbedingt. Die Haftung wegen etwaigen eigenen Verschuldens des Debitors steht nicht in Frage.

20) Z. B. die Obhut der Sache (s. o. Note 6), Unterlassen von Verschlechterungen ꝛc.

21) Also wenn der Miether eines Hauses von der Befugniß Gebrauch macht, nicht nur selbst in dem Hause zu wohnen, sondern andere Personen bei sich aufzunehmen, deren er zum eigenen Wohnen bedarf (Dienstboten u. dgl.), so haftet er für Beschädigungen durch letztere nach § 278.

22) Z. B. der Miether haftet für die Handlung seines Untermiethers so

Schuldner gestattet worden sein; es darf also der Dritte nicht unbefugt, z. B. als unbeauftragter Geschäftsführer[23]) gehandelt haben[24]). Endlich muß die That des Dritten die Erfüllung des Schuldverhältnisses beeinträchtigen[25]), also zu ihr in Kausalbeziehung stehen[26]).

2. Die Haftung des Schuldners für die genannten Zwischenpersonen beschränkt sich auf den Fall, daß diesen bei ihrer Handlung ein Verschulden zur Last fällt: ein geringes oder ein grobes 2c., soweit es nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten ist[27]). Ist also die Haftung des Schuldners auf einen bestimmten niederen Grad von Sorgfalt beschränkt, so haftet er bei der Mittelsperson nur für denselben Grad von Sorgfalt. Manche leugnen die Anwendbarkeit des § 278 überhaupt, wenn der Schuldner nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einsteht[28]). Sie müssen aber anerkennen, daß der Schuldner, wenn er für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet, Verletzung derselben Sorgfalt seitens des Mittelsmannes vertreten muß. Arg. §§ 690, 691 i. f. Warum also nicht ebenso auch grobes Verschulden des Mittelsmannes?[29]).

Fällt dem Mittelsmann gar kein Verschulden zur Last[30]), so kann nach dem Gesagten von einer Haftung des Schuldners für ihn keine Rede sein. Letzterer haftet dann nur für etwaiges eigenes Verschulden. Dieses kann in der Auswahl ungeeigneter Personen, schlechter Instruktion[31]), oder auch darin liegen, daß er sich zur Leistung überhaupt einer fremden Person bediente[32]).

---

gut wie für die Handlung seiner Handwerker bei Reparaturen und sonstigen Arbeiten im Hause.

23) S. auch Dernburg § 69. — Daher haftet der Miether eines Hauses nach Note 20 ff. nicht für jede Person, die in dem Hause Schaden anrichtet.

24) Anderseits haftet auch ein nicht beauftragter Geschäftsführer als Schuldner wiederum nach § 278 für seine Leute.

25) Daher ist z. B. § 431 HGB. neben § 278 BGB. nicht überflüssig.

26) S. o. Bd. I § 108 bes. Ziff. 3. — Z. B. der Schlosserlehrling zerbricht beim Oeffnen des Glasschranks eine Scheibe oder demolirt die Wand; der Tapezierergehülfe zerbricht beim Holen der Leiter durch Anstoßen einen Kronleuchter; der Gasarbeiter wirft ein brennendes Streichholz weg, sodaß ein Brand entsteht. In allen diesen Fällen haftet der Meister. Dagegen haftet er nicht, wenn der Schlosserlehrling mit brennender Cigarre ankommt und durch Wegwerfen derselben einen Brand verursacht, oder wenn er sich am Dienstmädchen vergreift und letzteres in eine Spiegelscheibe fällt. Vgl. dazu auch Nußbaum S. 74 ff., Dernburg § 68 Note 6.

27) Denn andernfalls kommt eine Haftung des Schuldners überhaupt nicht in Frage.

28) Nußbaum S. 88, Dernburg § 68 III i. f. A. M. Planck zu § 278.

29) Wenn der Schuldner selbst auch nur für grobes Verschulden haftet.

30) Z. B. mangels genügender Zurechnungsfähigkeit, Einsicht 2c. S. Bd. I § 109 Ziff. 2.

31) Culpa in eligendo oder custodiendo wie oben Note 9.

3. In Einzelfällen statuirt das Gesetz eine besondere Haftung des Schuldners für seine Angestellten und Substituten[33]). Die Fälle werden, soweit sie dem Privatrecht angehören, an geeigneter Stelle erwähnt. Vgl. §§ 664, 691 BGB., Art. 95 Abs. 2 EG., §§ 431, 485, 486 HGB., §§ 3 ff., 59 i. f. BinnenschiffahrtsG. v. 15. Juni 1895 ꝛc.

III. Behauptet der Schuldner, daß er an der gehörigen Leistung durch Umstände verhindert worden sei, die er nach den vorstehenden Grundsätzen nicht zu vertreten habe, so muß er diese Umstände beweisen[34]). Der Anspruch des Gläubigers beruht auf der Verbindlichkeit[35]). Sache des Schuldners ist es, etwaige Befreiungsgründe darzuthun. S. auch § 282 BGB. Im Allgemeinen befreit sich nun der Schuldner durch Nachweis der Anwendung der ihm nach dem Schuldverhältniß obliegenden Sorgfalt[36]). Dabei sind regelmäßig die Einzelheiten des Umstands darzulegen, auf Grund dessen die Befreiung behauptet wird, damit der Richter beurtheilen kann, ob der Umstand, so wie er eingetreten ist[37]), vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Einfacher Nachweis des hindernden Ereignisses genügt nur, wenn dasselbe seiner Natur nach unverschuldet zu sein pflegt[38]). Andernfalls hat der Schuldner die Umstände darzulegen, aus denen die Zufälligkeit des Ereignisses erhellt. Jedoch genügt, falls nicht besondere belastende Momente hervortreten[39]) und der eigentliche Anlaß des Ereignisses nicht zu ermitteln ist, der Nachweis, daß der Schuldner im

32) Wenn ihm dies nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht gestattet war. Der Inhalt ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

33) Dieselbe geht weiter oder weniger weit als die allgemeine Haftung aus § 278.

34) Dies folgt aus den allgemeinen Regeln der Beweislast. S. o. Bd. I § 127, bes. Ziff. 1 gegen Ende. S. zum Folgenden auch Bähr in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 13 S. 287.

35) Hat er deren Entstehen bewiesen, so kann er also fordern.

36) Vorausgesetzt daß seine Haftung nicht bis zur Uebernahme einer absoluten Garantiepflicht für die Leistung gesteigert war. — Umgekehrt gilt der Grundsatz des Textes auch für die besonderen Fälle, in welchen dem Schuldner lediglich die Berufung auf höhere Gewalt (Bd. I § 110 Ziff. 2) gestattet ist. Haftet der Schuldner für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten, so muß er darthun, daß er in diesen nicht sorgfältiger zu sein pflegte.

37) Z. B. ob der Umstand, auf Grund dessen die Befreiung des Schuldners nach § 275 BGB. behauptet wird, nicht durch Verschulden herbeigeführt wurde (z. B. ein Brand). Ist dies der Fall, so liegt überhaupt Verschulden vor. Tritt der Umstand während des Verzugs des Schuldners ein, so ist er schon deshalb zu vertreten. Daraus erklärt sich § 287 Satz 2 BGB.

38) S. Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 91, Bd. 20 S. 404, Bd. 25 S. 338. Exner, Begriff der höheren Gewalt I S. 215, 231, 252; Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 87.

39) Oder der Inhalt des Schuldverhältnisses eine stärkere Haftung des Schuldners ergibt.

Allgemeinen mit Bezug auf die Gefahr derartiger Ereignisse die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe[40]).

Verschieden hiervon sind die Fälle, in denen ein Verschulden des Verpflichteten Grund des wider ihn erhobenen Anspruchs ist[41]), also Verletzungen in Frage stehen, die in Verbindung mit Ausführung der Leistung vorgekommen sind[42]). Hier hat der Verletzte regelmäßig das Verschulden des Gegners darzuthun. Anders nur soweit aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses eine Auskunfts- oder Rechenschaftspflicht des Schuldners hervorgeht[43]). Eine Anerkennung (unbeanstandete Annahme 2c.) der Leistung belastet den Gläubiger, falls er nachträglich Fehler der letzteren behauptet, mit dem entsprechenden Beweise. Arg. § 363 BGB. Selbständige gesetzliche Ansprüche des Leistungsempfängers sind von diesem stets nach ihren besonderen Voraussetzungen darzuthun, z. B. Gewährleistungsansprüche.

D. Folgen der Nichtleistung.

1. Ausbleiben der Leistung. Nichterfüllung.

§ 158.

a) Wegen eintretender Unmöglichkeit*.

Die über die Haftung des Schuldners für die Leistung vorgetragenen Grundsätze finden ihre Hauptanwendung, wenn die geschuldete Leistung aus irgend einem Grunde (ganz oder theilweise) unmöglich wird, also nicht oder nicht vollständig bewirkt werden kann[1]). Es handelt

40) Sache des Gläubigers ist es hier, replicando eine direkte Schuld des Verpflichteten nachzuweisen. — Aehnlich liegt auch (trotz § 282 BGB.) dem Gläubiger der Beweis vorsätzlichen Handelns des Schuldners ob. Denn Vorsatz ist nie zu vermuthen, sondern im Gegentheil dessen Abwesenheit. Die Behauptung des Vorsatzes gehört der Replik an. S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 429. Dernburg § 70 zu Note 4. A. M. Oertmann Note 2.

41) Es verhält sich ähnlich wie bei Delikten. S. o. Bd. I § 127 zu Note 15.

42) Beispiele sind Untreue des Geschäftsbesorgers, Rechnungsfehler, vexatorische Prozeßführung des Schuldners, Schädigung des Kredits, des künstlerischen oder wissenschaftlichen Ansehens der Gegenpartei durch die Art der Vertragsausführung, Verstoß gegen Unterlassungs- oder Duldungspflichten unter gleichzeitiger anderweitiger Verletzung des Gläubigers u. s. w.

43) Soweit dieser zu genügen ist. S. o. Bd. I § 136 ff.

*) Vgl. die oben § 145 Note 3 Citirten. Ferner Ubbelohde im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 120. — Stammler S. 109 ff.; Dernburg § 62; Endemann I § 127; Cosack §§ 98, 100; Mathiaß I § 84; Enneccerus I §§ 191 ff.

1) Die Gründe der Nichtleistung sind überhaupt Unmöglichkeit der Leistung oder einfache Verzögerung. Letztere hat nach dem oben § 156 Gesagten nur in beschränktem Umfang Rechtsfolgen. Davon unten §§ 160, 161 ff. — Ueber den röm. Satz, daß ein Geschäft ungültig wird, wenn sich die Umstände nach

sich um nachträgliche d. h. der Begründung des Schuldverhältnisses nachfolgende Unmöglichkeit[2]). Zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wird hier mit Recht nicht unterschieden[3]). § 275 BGB. stellt das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der an sich unmöglichen Leistung gleich[4]). Soll der Bestand des Schuldverhältnisses nicht völlig in die Hand des Schuldners gegeben werden, so muß er im Rahmen seiner allgemeinen Haftung auch für die objektiv unmöglich gewordene Leistung einstehen. Zwar kann der Umfang dieser Haftung im Einzelnen verschieden bestimmt sein; aber ganz fehlt sie nie: das pactum de dolo non praestando ist nichtig[5]).

1. Nicht auf die Art der eingetretenen Unmöglichkeit wird daher hier vom Gesetz Gewicht gelegt, sondern lediglich darauf, wie die Unmöglichkeit eingetreten ist, insbesondere ob sie auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht[6]).

a) Wird die Leistung aus einem dem Schuldner fremden „zufälligen" Umstande (für den er nicht einzustehen hat) unmöglich, so ist der Schuldner frei. § 275 BGB.[7]). Das Schuldverhältniß fällt zusammen, weil es keinen Inhalt mehr hat. Die ursprüngliche Leistung ist weggefallen und es fehlt an einem Grunde, eine andere an ihre Stelle zu setzen[8]).

---

dem Abschluß derart verändern, daß es jetzt auf etwas Unmögliches geht, vgl. Hellmann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 363, 429.

2) Ueber ihre Kriterien s. schon oben § 145 Ziff. 1. Man kann sagen:

a) Die Gewißheit, daß die Leistung nicht geschehen kann, darf nicht schon in dem Augenblick vorhanden sein, da das Schuldverhältniß entstehen soll; Kleineidam S. 85 ff.

b) Für die Frage, ob die Leistung geschehen kann, kommt es nur auf den obligationsmäßigen Zeitpunkt derselben an. (Ueber vorübergehende Hinderungsgründe der Leistung s. § 145 zu Note 12.)

3) S. o. § 145 zu Note 22.

4) In Uebereinstimmung mit Hartmann, Die Obligation S. 166 ff., 254. S. auch Kisch S. 9 ff., Kleineidam S. 123. Ueber die Unmöglichkeit von Schuldverhältnissen aus Verfügungen von Todeswegen s. das Erbrecht.

5) S. o. § 157 zu Note 2 u. Cit. — Hierzu kommt, daß in den Fällen, in denen es bei der Leistung auf die Individualität des Schuldners ankommt, subjektives Vermögen des Schuldners von objektiver Unmöglichkeit regelmäßig nicht unterschieden werden kann. Ebenso ist diese Unterscheidung unbrauchbar, wenn eine individuelle Sache zu liefern ist, welche dem Schuldner abhanden gekommen, z. B. gestohlen worden ist. Hier könnte ein Anderer (der Dieb, der Finder) leisten; dennoch steht der Fall aus erklärlichen Gründen der objektiven Unmöglichkeit sehr nahe. S. o. § 145 Note 14, 16.

6) S. o. § 157. Die zu vertretenden Umstände sind dort sowie in § 150 im Allgemeinen angegeben. S. im Uebrigen unten Ziff. 2. Näheres bei Titze S. 130. — Ueber den Beweis der fraglichen Thatsachen s. § 157 III.

7) S. dazu Kleineidam S. 93, Titze S. 100 ff.

8) Nur der unter Ziff. 5 besprochene Anspruch bleibt zufolge des Surrogationsprinzips (oben § 144 II) unter Umständen übrig.

b) Wird die Leistung dagegen aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich, so erlischt das Schuldverhältniß nicht, sondern es tritt nur eine Verwandelung seines Inhalts ein[9]). An Stelle der nicht mehr möglichen Leistung tritt die Verpflichtung zu Schadensersatz. § 280 Abs. 1. Dieser Schadensersatz ist das gesammte positive Erfüllungsinteresse, also Ausgleichung des ganzen dem Gläubiger durch die Nichterfüllung zugefügten Nachtheils[10]).

2. Regelmäßig ist jedes Verschulden zu vertreten; unter Umständen auch schuldlose Handlungen, wahre Zufälle[11]). Zu diesen absolut vom Schuldner zu vertretenden Umständen zählt das Gesetz bei Gattungsschulden auch das persönliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung[12]). § 279 BGB. Dagegen bleibt es bei der Regel[13]), wenn die Gattung, aus der zu leisten ist, untergegangen ist, zur Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht ausreicht oder nicht mehr verwendbar ist[14]). Ebenso wenn der Schuldner gar nicht deshalb, weil er zur Erlangung geeigneter Gattungssachen außer Stande ist, sondern aus anderen Gründen nicht leistet, z. B. weil er erkrankt oder zum Militär eingezogen wird ꝛc.[15]). In allen diesen Fällen kommt es darauf an, ob er den besonderen Grund der Nichtleistung zu vertreten hat.

Wegen Untergangs des Leistungsgegenstandes im Verzuge der einen oder anderen Partei s. u. §§ 162 Ziff. 3 und 164 Ziff. 2.

9) Vgl. Kleineidam S. 106 ff., Titze S. 126 ff. (s. auch S. 77 ff.). Wegen des Fortbestandes des Schuldverhältnisses dauern ihre rechtlichen Eigenschaften, soweit sie nicht auf solchen des ursprünglichen Leistungsgegenstandes, z. B. Untheilbarkeit desselben (oben § 145 i. f.) beruhen, fort. Bürgschaften und Pfänder bleiben bestehen. S. noch Titze S. 104, 145.

10) S. o. §§ 150 ff. u. Cit. Ferner Bd. I §§ 108, 111. Daselbst auch über die Ausnahmen bei konkurrirendem Verschulden des Gläubigers. Vgl. § 254 BGB. Es kommt darauf an, wessen „Verschulden" überwiegt. S. auch Titze S. 128 ff.

11) § 276 BGB. und oben § 157. Ueber Gehülfen der Leistung ꝛc. s. das. Ziff. II.

12) Den sog. Mangel an Zahlungsmitteln (selbst wenn er nicht verschuldet ist, sondern durch Unglücksfälle herbeigeführt wurde).

13) Daß also im Einzelfall zu untersuchen ist, ob ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners vorliegt.

14) Dies folgt aus der Erwähnung der „Möglichkeit" in § 279 und dem festen Begriff, den das Gesetz damit verbindet. S. o. § 145 Note 15. Unmöglich ist die Leistung aus der Gattung aber nicht blos, wenn die Gattung nicht mehr existirt oder zur Leistung hinreicht (z. B. gewisse Aktien), sondern auch bei relativer Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung (z. B. bei Ausfuhrverboten, Blokade).

15) S. o. § 145 Note 21. Hierhin gehören auch Betriebsstörungen, wenn selbstfabrizirte Waaren zu liefern waren. Es kann für die Haftung des Schuldners in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob er ein genus oder eine species liefern soll. Zustimmend Dernburg § 62 II Ziff. 3, Berndorff, Gattungsschuld S. 46 ff., Kisch, Unmöglichkeit S. 117 ff. A. M. Cosack § 98 II Ziff. 1b, Oertmann § 279.

Dasselbe gilt bei jeder Nichtlieferung individuell bestimmter Sachen [16]) und bei Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtungen auf ein bestimmtes Thun oder Unterlassen [17]).

3. Eine vorübergehende Unmöglichkeit ist entweder überhaupt keine, indem sie kein obligationswidriges Verhältniß schafft [18]): dann kommt sie nur als Verzögerung der Leistung in Betracht [19]). Andernfalls gelten die obigen Grundsätze. So kann z. B. bei Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen oder Dulden auch eine einmalige Zuwiderhandlung nicht unter den Gesichtspunkt des Verzugs fallen; denn das widerrechtlich Geschehene kann nicht ungeschehen gemacht werden: es ist unwiderruflich ein Zustand geschaffen worden, der dem Schuldverhältniß nicht überall entspricht [20]).

4. Die Unmöglichkeit der Leistung kann auch eine theilweise sein [21]). Als solche bezieht sie sich entweder auf die Quantität oder die Qualität der Leistung [22]). Hier hat jedenfalls der Gläubiger, soweit Theilung zulässig ist [23]), auf den noch übrigen Theil der Leistung Anspruch, und muß sich mit demselben begnügen, wenn die Verminderung durch einen Umstand eingetreten ist, für den der Schuldner nicht haftet [24]). Andernfalls gehört es zum Begriff des Schadensersatzes, daß der Gläubiger die Leistung des möglich gebliebenen Theils zurückweisen und für die ganze Leistung Ersatz verlangen kann, wenn der Empfang des Theils für ihn kein Interesse hat. § 280 Abs. 2 BGB. Ist also die theilweise Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner zu vertreten, so kann der Gläubiger [25]):

---

16) Z. B. die zu liefernde individuelle Sache wird dem Schuldner gestohlen. Nachlässigkeit in der Aufbewahrung und absolute Haftung für die Leistung liegen nicht vor. Der Schuldner ist befreit.

17) Z. B. ein Baumeister hat einen Bau übernommen und kann ihn nicht ausführen, weil seine Arbeiter streiken.

18) S. o. § 145 zu Note 12. Kisch S. 18 ff.

19) Nach deren Grundsätzen. S. u. §§ 160, 161 ff.

20) S. auch Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 68 ff. — Hieraus folgt das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz wegen der Zuwiderhandlung ohne vorherige Inverzugsetzung (Mahnung). Regelmäßig hat auch der Schuldner sein eigenes Handeln zu vertreten.

21) S. o. § 145 Ziff. 1 i. f. Kleineidam S. 106, 110 ff., Titze S. 148 ff., Kisch S. 161 ff.

22) Z. B. einzelne Modalitäten derselben. Eine erhebliche Veränderung der Qualität wird vollständige Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. — Ueber das Verhältniß von Mängelgewähr und Unmöglichkeit der Leistung s. Kleineidam S. 155, Kisch S. 193, Berndorff, Gattungsschuld S. 97.

23) Ueber die Theilbarkeit s. o. § 145 Ziff. 4.

24) Arg. § 275 BGB. Kisch S. 169 ff., Titze S. 149.

25) Vgl. hierzu Titze S. 152 ff., Kleineidam S. 111 ff.

a) in erster Linie Ersatz für den unmöglich gewordenen Theil der Leistung, und im Uebrigen den Rest verlangen.

b) Kann der Gläubiger nachweisen[26]), daß die Erfüllung des übrigen Theils für ihn interesselos ist[27]), so darf er die Leistung des noch möglichen Theils ablehnen und Schadensersatz wegen (vollständiger) Nichterfüllung fordern. Hatte er den Theil bereits angenommen, so tritt, falls darin nicht nach Lage der Sache eine entgegenstehende Vereinbarung zu erblicken ist[28]), zunächst keine Aenderung ein[29]): nur versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, wenn er vollständige Entschädigung fordert, das Empfangene zurückgeben muß[30]). Das Gesetz behandelt dies nach Art des Rücktritts von einem Vertrage. § 280 i. f. u. Cit.[31]). Der Gläubiger muß also sein diesbezügliches Verlangen dem Schuldner erklären[32]), die beiderseitigen Leistungen[33]) sind Zug um Zug auszutauschen[34]); doch hindert zufälliger Untergang des Empfangenen oder eines erheblichen Theils beim Gläubiger dessen Ersatzrecht nicht[35]). Anders wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe auf einem Verschulden des Gläubigers, seiner gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen[36]) oder den in §§ 352, 353 BGB. erwähnten eigenen Handlungen des Empfängers beruht[37]). Verzögert der Gläubiger

26) Die Beweislast des Gläubigers ergibt sich aus der Wortfassung des § 280 Abs. 2 und entspricht den allgemeinen Grundsätzen. S. auch Motive II S. 52.

27) Z. B. zwei Pferde sind als ein Gespann verkauft und nur das eine derselben ist gefallen. Von einem mehrbändigen Werke fehlt ein Band. Näheres über das Interesse s. bei Schollmeyer zu § 280 Note 4, Kisch S. 186 ff.

28) Ein Verzicht auf die Rechte aus § 280 Abs. 2, der aber im Zweifel nicht zu vermuthen ist. Im Nachweis der Interesselosigkeit des angenommenen Theiles für den Gläubiger liegt prima facie auch der Nachweis der irrthümlichen Annahme dieses Theils, also des mangelnden Verzichtswillens.

29) Vgl. Kisch S. 191 ff.

30) Dasselbe wird analog auch auf den Fall zu erstrecken sein, wenn bei Untheilbarkeit der Leistung (Note 23) der Gläubiger thatsächlich einen Theil empfangen hatte.

31) S. §§ 346 ff. BGB. und unten § 174.

32) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88) wie die Rücktrittserklärung. — Mehrere Gläubiger können das Rücktrittsrecht nur gemeinsam ausüben. Arg. § 356 BGB.

33) Geleistete Dienste sind nach Anleitung des § 346 BGB. dem Werthe nach zu vergüten.

34) § 348 BGB. u. Cit. S. u. §§ 168 ff.

35) Ebensowenig zufällige wesentliche Verschlechterung. § 350 u. arg. § 351 BGB. S. u. § 175.

36) Im Sinne des § 278 BGB. S. § 351 i. f. Vgl. o. § 157 Ziff. II.

37) Umgestaltung des Gegenstands (mittelst Verarbeitung, Umbildung: § 950 BGB.) durch den Empfänger, oder eine Verfügung des letzteren über den Gegenstand, der zu einer solchen Umgestaltung oder schuldhaften Zerstörung, Verschlechterung (des ganzen oder eines wesentlichen Theils des Gegenstandes) führt. Der freiwilligen Verfügung des Empfängers wird auch hier eine

die Rückgabe des Empfangenen, so kann ihm der Schuldner nach Anleitung des § 354 BGB. eine angemessene Frist zur Rückgabe setzen[38]), nach deren Ablauf das Rückgabe- und (entsprechende) Ersatzrecht des Gläubigers erlischt. Auch kann diese Art Entschädigung vom Gläubiger nicht ungemessene Zeit hindurch verlangt werden; vielmehr kann sich der Schuldner im Wege des § 355 durch Setzung einer angemessenen Frist[39]) Klarheit darüber verschaffen, ob es zur Rückgabe kommt.

Will anderseits der Gläubiger den noch möglichen Theil der Leistung annehmen, so darf nicht umgekehrt der Schuldner diesen Theil unter Berufung auf angebliche Schwierigkeit der Ablieferung zurückhalten. Denn er hat zu erfüllen was er schuldig ist und thatsächlich noch leisten kann[40]).

5. Häufig erlangt der Schuldner durch den Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte, Ersatz oder einen Ersatzanspruch wider einen Dritten[41]). In solchem Falle kann der Gläubiger Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs[42]) verlangen. Sog. Surrogationsprinzip[43]). So auch wenn der Schuldner im Uebrigen von seiner Leistung befreit ist[44]). Ist der Schuldner ersatzpflichtig, so kann das Surrogat nur unter Anrechnung auf die Ersatzleistung begehrt werden. § 281 BGB.[45]).

---

erzwungene aus dem Rechte Dritter gleichgestellt. Vgl. §§ 704 ff., 916 ff. CPO., § 126 ff. KO. S. auch oben Bd. I § 99 Note 10.

38) Empfangsbedürftige Willenserklärung. Näheres unten in § 175 Ziff. 2 und wegen der Angemessenheit der Frist oben § 151 Note 9.

39) Mit dem Erfolge, daß das betreffende Recht des Gläubigers mangels Erklärung seiner Entschließung innerhalb der Frist erlischt. Auch hierüber s. das Nähere in § 175 unten.

40) A. M. Cosack § 100 Ziff. 2c in nicht zu billigender Herbeiziehung des § 251 Abs. 2, der Naturalentschädigung, nicht Naturalerfüllung betrifft. S. auch Hellmann, Krit. Vjschr. Bd. 40 S. 188 u. A. Nur wenn das Verlangen der Restleistung zur Chikane würde oder gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstößt, ist anders zu entscheiden. S. o. §§ 91, 121, 142 2c.

41) Sei es auf Grund einer unerlaubten Handlung (Zerstörung, Beschädigung der Sache durch den Dritten) oder aus anderen Gründen (z. B. aus einem Versicherungsvertrage). Vgl. Kleineidam S. 114 ff., Kisch S. 198 ff., 207 ff., Titze S. 114 ff. Der Ersatz muß ein rechtlich geschuldeter sein. Bloße Ersparung von Ausgaben oder Befreiung des Schuldners von Verbindlichkeiten ist kein dem § 281 BGB. unterstehender Vermögensvortheil.

42) Falls letzterer überhaupt übertragbar ist. S. z. B. §§ 399, 400 BGB. und unten § 198. Andernfalls muß Gläubiger die Herausgabe des Ersatzes an den Schuldner abwarten.

43) S. darüber schon oben § 144 II Ziff. 1.

44) Weil die Unmöglichkeit der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht.

45) Der Gläubiger hat wahlweise den Anspruch auf vollen Schadensersatz oder auf das Surrogat und Schadensersatz abzüglich des Werths des Surrogats. Besteht letzteres in einem Anspruch, so ist dessen wahrer

Eine Ersatzleistung, die dem Schuldner nicht zur freien Verfügung zukommt, sondern z. B. zur Wiederherstellung des zerstörten Schuldgegenstandes verwendet werden muß, kann der Gläubiger als Surrogat nicht in Anspruch nehmen[46]). Auch muß der Ersatz resp. Ersatzanspruch gerade in Folge des Umstandes erworben sein, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte[47]). Das heißt nicht, daß er die einzige und direkte Wirkung jenes Umstandes sein müsse. Z. B. der Versicherungsanspruch beruht auf dem Versicherungsvertrag, also auf einem besonderen Titel: gleichwohl verfällt die Versicherungssumme in Folge des Untergangs der Sache und ist daher regelmäßig geeigneter Gegenstand der Abtretung[48]). Anderseits soll das Surrogat den geschuldeten Gegenstand vertreten. Die Abtretung kann daher nicht verlangt werden, wenn das Erlangte nicht einen Ausgleich für den entzogenen Vermögenswerth darstellt[49]). Dies ist nicht der Fall, wenn nur eine Handlung oder Unterlassung schlechthin geschuldet wurde und diese durch einen Umstand, der seinerseits dem Schuldner etwas einbringt, verhindert wird[50]); dagegen wohl, wenn ein Gegenstand geschuldet und für diesen[51]) Ersatz erlangt ist.

Werth zur Zeit der Abtretung zu veranschlagen. — Ueber die Abtretung s. unten §§ 197 ff.

46) Arg. § 399 i. f. BGB.

47) Dies betont § 281 BGB. sehr deutlich. Das Verursachungsprinzip ist maßgebend. S. auch Kisch S. 203.

48) Kleineidam S. 116, Planck § 281 Note 2, Schollmeyer eod. Note 2b.

49) Daher z. B. auch nicht, wenn es Draufgabe (§ 338 BGB.) oder eine blos als Zwangsmittel versprochene Vertragsstrafe (Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 219) ist. Kisch S. 199 will auch die Gegenleistung eines Dritten als Surrogat nicht gelten lassen, die der Schuldner als Entgelt aus einem Rechtsgeschäft erlangt, welches die Unmöglichkeit der Leistung gegenüber dem Gläubiger erst bewirkt. Vgl. denselben in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 259.

50) A. M. Schollmeyer § 281 Note 2 lit. c. und d; Kleineidam S. 117. Wie hier Kisch S. 205, Titze S. 120.

51) Ist für den Gegenstand auch dann Ersatz verlangt, wenn der Gläubiger nicht die Sache selbst, sondern nur deren Gebrauchsüberlassung ꝛc. zu fordern hatte? Es wird darauf ankommen, ob man den Ausdruck „für den geschuldeten Gegenstand“ in § 281 wörtlich oder wirthschaftlich versteht. Ich neige (gegen Titze a. a. O. und Planck, die meiner Auslegung des franz. Rechts in dieser Hinsicht folgen) der freieren Auffassung zu, weil sie gerechter ist und der Wortlaut des § 281 sie gestattet. Auch wird in dem Spezialfall der Enteignung häufig bestimmt ausgesprochen, inwiefern bloße Gebrauchsberechtigte z. B. Miether oder Pächter der enteigneten Sache an der Enteignungssumme partizipiren. Vgl. z. B. Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1874 § 11. Soweit dieser Gesichtspunkt praktisch durchführbar, also die Quote zu ermitteln ist, die dem Miether ꝛc. unter Berücksichtigung der Miethzeit an der Entschädigungssumme gebührt, ist dies zu verallgemeinern, also dem Gebrauchsberechtigten die Quote zuzusprechen. Zustimmend die meisten Autoren. Schwankend Kisch S. 205 im Verhältniß zu S. 206.

§ 159.

b) Gleichstehende Fälle.

I. Es ist bereits hervorgehoben [1]), daß die Zeit der Leistung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses derart zu ihren Erfordernissen gehören kann, daß Leistung zu anderer Zeit gar keine Erfüllung ist. Ist hier die richtige Zeit versäumt, so ist die Erfüllung unmöglich geworden [2]). Ebenso kann bei den sog. Fixgeschäften die verspätete Leistung ohne Weiteres abgelehnt und dadurch ihrer ferneren Bewirkung ein Ziel gesetzt werden [3]). Auf Grund der Ablehnung ist die Leistung also fernerhin gleichfalls wie eine unmögliche zu behandeln. Die Ablehnung [4]) kann sich bei gegenseitigen Verträgen zum Rücktritt vom ganzen Vertrage [5]) auswachsen. S. § 361 BGB. Dagegen ist sie nicht mit einer Inverzugsetzung des säumigen Schuldners zu verwechseln. Denn einmal kann die abgelehnte Leistung nicht ferner bewirkt werden, und außerdem ist diese Wirkung nicht davon abhängig, daß die Verzögerung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht [6]). — Zwischen objektiven (in der Sache selbst liegenden) und subjektiven Gründen der Nichtleistung zu rechter Zeit wird auch hier nicht unterschieden. Vielmehr hängt die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner für die nicht mehr zu bewirkende Leistung Schadensersatz schuldet, von seiner Verantwortlichkeit für die Verzögerung ab [7]).

II. Auf dieser Bahn wird schließlich noch ein Schritt weiter gegangen [8]). Auch abgesehen von den eben erwähnten Fällen, in denen

1) S. o. § 156 Ziff. III.

2) Vgl. das Beispiel § 156 Note 31. Einer besonderen Erklärung des Gläubigers (Rücktritt, Mahnung) bedarf es nicht. Es können ohne Weiteres nach Ablauf der Frist die im vorigen Paragraphen besprochenen Konsequenzen gezogen werden. S. dazu noch unten § 170.

3) Nach Art des § 280 Abs. 2 S. 1 BGB. Vorbehaltlich immer, daß von den Parteien nicht ein Anderes bestimmt ist. Vgl. u. § 172 Ziff. 2.

4) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Durch diese Erklärung wird die Unmöglichkeit der Leistung im gegebenen Falle konstatirt, da sie nicht schon in der Sache selbst liegt, also (wie in den Fällen Note 2) ohne Weiteres für Andere erkennbar ist.

5) Also auch von der eigenen Leistung des Ablehnenden. S. u. § 172.

6) Wogegen der Verzug nach § 285 BGB. voraussetzt, daß der Schuldner den Grund der Verspätung zu vertreten hat. S. u. § 161.

7) Abgesehen vom Fall des gegenseitigen Vertrags, wenn der nichtsäumige Theil in Folge der Verzögerung zurücktritt. Durch den Rücktritt wird Alles in den früheren Zustand versetzt und entfallen weitere Schadensersatzansprüche. S. u. § 170 Note 51 und § 172.

8) Vgl. Titze, Unmöglichkeit S. 146, 190. A. M. Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 1: Fristbestimmung (1901). S. u. Note 14.

die Zeit der Leistung schon nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses wesentlich ist, verdient allgemein Berücksichtigung, wenn der Schuldner überhaupt nicht zur Leistung zu bringen ist. Ein solches Verhalten widerspricht jedenfalls dem Schuldverhältniß, so weit sein Inhalt auch im Uebrigen gefaßt sein mag. Auch bedarf der Gläubiger in solchen Fällen eines besonderen Schutzes. Der regelmäßige Weg für ihn würde sein, den Schuldner auf die Leistung zu verklagen[9]) und sie alsdann im Wege der Zwangsvollstreckung mit den gewöhnlichen Vollstreckungsmitteln zu erzwingen[10]). Aber die Beschreitung dieses Weges ist (abgesehen von seiner Weitläufigkeit) weder als einzige Maßregel wünschenswerth noch für den Gläubiger ausreichend[11]). Die in Betracht kommenden Zwangsmittel (direkter Zwang, Haft, Geldstrafe) sind sehr einschneidend: nur zögernd hat unser Recht sie zugelassen[12]) und sie bleiben besser auf die Fälle beschränkt, in denen es dem Gläubiger unter allen Umständen auf die Naturalleistung ankommt. Vielfach wird er bei dauernder Renitenz des Schuldners gern von der hartnäckig verweigerten Leistung abstehen: gewaltsam erzwungen, würde sie oft so schlecht als möglich ausfallen, und daher nicht genügen. Das Gesetz gibt deshalb dem Gläubiger die Befugniß, die hartnäckig verweigerte Leistung abzulehnen und dadurch fernerhin unmöglich zu machen. Der Gläubiger konstatirt durch seine Ablehnung[13]), daß die Leistung unter bewandten Umständen von ihm nicht mehr als Erfüllung des Schuldverhältnisses betrachtet wird,

9) Vorauszusetzen ist, daß die Leistung nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses noch möglich ist.

10) S. §§ 883 ff. CPO., insbesondere §§ 887—892 daselbst. Vgl. o. § 141 zu Note 3 ff.

11) Schadensersatz statt der Naturalerfüllung (§ 893 CPO.) könnte er erst auf Grund des Nachweises verlangen, daß die ursprüngliche Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sei. § 280 BGB. Dies wäre zweifellos zu eng (der Nachweis ist in vielen Fällen für den Gläubiger kaum zu führen: durch einen fruchtlosen Exekutionsversuch allein wird er noch nicht geliefert). Es widerspräche auch dem bisherigen Recht, welches immer schon an Stelle der nicht erzwingbaren Naturalleistung den Anspruch auf das Interesse treten ließ. Vgl. l. 1 pr. Dig. de A. E. V. 19, 1 u. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 178 ff. für das gemeine, Bd. 22 S. 255 ff. für das preuß., und die berühmten Art. 1142 ff. Code Napoléon für das franz. Recht.

12) Im röm. Recht war es ursprünglich die Regel, daß überhaupt das richterliche Urtheil auf Geld gehen sollte. Allein schon das spätere Recht ließ eine Verurtheilung auf die Leistung selbst zu, und mehr und mehr wurden auch direkte Zwangsmittel zur Durchsetzung dieser Leistung zugelassen. S. jetzt die oben Note 10 cit. Stellen. Daneben blieb dann das Problem übrig, inwieweit der Gläubiger berechtigt sei, von dem Verlangen der Erfüllung zu dem auf Schadensersatz überzugehen. Ueber das bisherige Recht s. die vorige Note.

13) Aehnlich wie schon in anderen Fällen. S. o. Note 4.

worauf das Gesetz sie als unmöglich behandelt. Das ist keine Fiktion[14]), sondern eine natürliche Folge aus dem Wesen des Schuldverhältnisses, dessen Sinn (nach Treu und Glauben und den maßgebenden Verkehrsgrundsätzen) nicht dahin verstanden werden kann, daß der Gläubiger in solchen Fällen in Ewigkeit auf Leistung warten oder sich mit unzureichenden Mitteln (roher Gewalt ꝛc.) einen halben Leistungserfolg verschaffen müsse. An Stelle des letzteren tritt nach seiner Wahl der Anspruch auf Schadensersatz[15]).

Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind aus § 283 zu entnehmen.

1. Der Schuldner muß rechtskräftig zur Leistung verurtheilt sein[16]), ist also zunächst auf die geschuldete Leistung zu verklagen. Auf Grund des Urtheils kann der Gläubiger auf Naturalerfüllung dringen; — er kann aber auch (nach § 283) von der zwangsweisen Beitreibung in der Art abstehen, daß er dem Schuldner zur freiwilligen Erfüllung eine angemessene Frist stellt[17]) mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne[18]). Die Erklärung bindet ihn selbst, wie auch den Schuldner[19]). Es kommt jetzt also nur noch darauf an, ob der Schuldner innerhalb der Frist leistet[20]). Thut er dies nicht[21]), so kommt nur noch[22]) eine etwaige Schadensersatzleistung in Frage. S. u. Ziff. 3.

---

14) Wie die Motive zum BGB. Bd. II S. 53 i. f. behaupten. Dagegen mit Recht auch Romeick in der Note 8 cit. Schrift. Aber daraus folgt noch nicht die Unrichtigkeit des Textes.

15) Also ohne den aus § 280 BGB. folgenden, in Note 11 besprochenen Nachweis.

16) S. §§ 705, 706 CPO. Vorläufige Vollstreckbarerklärung des Urtheils genügt nicht. — Es ist zu beachten, daß der Gläubiger dieses verurtheilende Erkenntniß niemals erringen würde, wenn der Schuldner beweist, daß ihm die Leistung aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande unmöglich geworden ist. S. § 275 BGB.

17) Empfangsbedürftige Willenserklärung (s. o. Bd. I § 88) mit dem bezeichneten doppelten Inhalt, falls nicht die Fristsetzung nach Maßgabe der vorigen Note bereits im Urtheil auf Erfüllung erfolgt ist.

18) Es gelten die Grundsätze wie oben § 151 Note 8 ff. — Praktische Schwierigkeiten werden dadurch vermieden, daß nach § 255 CPO. dem Gläubiger gestattet ist, die Frist gleich im Urtheil auf Erfüllung (also vom Gericht) normiren zu lassen.

19) Vorausgesetzt, daß die Erklärung nicht aus anderen Gründen (s. z. B. Bd. I §§ 80 ff.) unwirksam, und die Frist angemessen war. Doch kann die Erklärung wiederholt werden.

20) Es sei denn, daß die Leistung innerhalb der Frist aus anderen Gründen für den Gläubiger jedes Interesse verlor und der Schuldner sich im Verzug befand. Dann kann der Gläubiger die Leistung also auch noch innerhalb der Frist ablehnen. Den Verzugsgrundsätzen (§ 286 Abs. 2 BGB.) wird durch unsere Vorschrift nicht präjudizirt.

21) Der Beweis der rechtzeitigen Leistung ist Sache des Schuldners.

2. Voraussetzung der in Rede stehenden Befugniß ist nicht Leistungsverzug des Schuldners. Der Fall kann so liegen, daß der Schuldner für den Grund der Leistungsweigerung nicht verantwortlich ist[23]; anderseits ist die Vorschrift des § 283 für den Gläubiger selbst dann brauchbar, wenn wirklich Unmöglichkeit der Leistung vorlag und der Gläubiger nichts davon wußte[24]. Letzterer kann sogar die Unmöglichkeit ignoriren[25], und das Gericht kann auf die Leistung verurtheilen, falls der Beklagte seine restlose Befreiung (§ 275 BGB.) nicht darzuthun vermag[26]. Der Uebergang zum Schadensersatz ergibt sich in diesem Fall aus Nichteinhaltung der Frist des § 283 oder aus fruchtlosen Exekutionsversuchen des Gläubigers[27] von selbst.

3. Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers[28] entsteht unmittelbar aus Nichtleistung innerhalb der Frist. Es bedarf keiner weiteren Voraussetzungen. Entweder der Schuldner wollte nicht leisten: dann hat er seine Weigerung zu vertreten[29]. Oder er konnte nicht leisten: dann schuldet er nach den Regeln der Unmöglichkeit Ersatz[30], falls er nicht nachweisen kann, daß die Unmöglichkeit der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht[31]. Diese Ausnahme enthält § 283 ausdrücklich. Wenn er sie nur für eine nach Erlaß des verurtheilenden Erkenntnisses eintretende Unmöglichkeit ausspricht, so rührt dies daher, daß

---

22) Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß die Parteien durch übereinstimmenden Willen auf die ursprünglich geschuldete Leistung zurückkommen, die aus § 283 folgende Wirkung also wieder beseitigen können. Letzterer enthält in dieser Hinsicht kein zwingendes Recht.

23) Wogegen der Verzug nach § 285 BGB. verlangt, daß Schuldner den Grund der Nichtleistung zu vertreten hat.

24) Freilich erlangt er nur ein verurtheilendes Erkenntniß, wenn der Schuldner nicht nach § 275 BGB. befreit ist. S. o. Note 16.

25) Dem Gläubiger ist nicht zuzumuthen, die Unmöglichkeitsfrage vor der Klage zu erforschen. Er klagt einfach auf die geschuldete Leistung.

26) S. o. Note 24 u. Bd. I § 127 zu Note 16. — Andernfalls braucht die zwischenzeitliche Unmöglichkeit der Leistung im Prozeß gar nicht zur Sprache zu kommen.

27) Nach §§ 883 ff., 893 CPO.

28) Im gewöhnlichen Umfang. S. o. § 151. Nur selbstverständlich in Geld. Die §§ 255, 281 BGB. finden Anwendung. — Die gerichtliche Zuerkennung des Schadensersatzes erfolgt nach § 893 CPO.

29) Weil das Schuldverhältniß nicht erloschen ist, tritt die entsprechende Verwandlung seines Inhalts (wie stets in diesen Fällen) auf Ersatz ein.

30) Bei gegenseitigen Verträgen tritt unter Umständen hier ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage an die Stelle. S. § 325 Abs. 2 BGB. und unten § 170.

31) Entsprechend den §§ 275, 280 BGB. Die Beweislast des Schuldners folgt aus der Wortfassung des § 283 Abs. 1, wie aus allgemeinen Grundsätzen (Bd. I § 127 zu Note 16).

das Erkenntniß, indem es den Schuldner zur Leistung verurtheilte, schon rechtskräftig entschieden hat, daß ihm für die frühere Zeit keine Entschuldigungsgründe zur Seite stehen[32]). Aus besonderen Gründen kann der Verpflichtete selbst für die nach dem Urtheil zufällig unmöglich gewordene Leistung Ersatz schulden[33]).

4. Die dem Schuldner gesetzte Frist wird nur durch vollständige Leistung gewahrt. Theilleistung braucht der Gläubiger auch hier nicht anzunehmen[34]). Indessen kann er dies freiwillig gethan haben[35]). Folgt dann der Rest bis zum Ablaufe der Frist nicht nach, so wird dies mangels entgegenstehender Vereinbarung nach Art theilweiser Unmöglichkeit der Leistung behandelt[36]). Der Gläubiger kann also den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in diesem Fall nur für den übrigen Theil der Leistung fordern, es sei denn, daß das bisher Gelieferte allein kein Interesse für ihn hat[37]). § 283 Abs. 2.

2. Verzögerung der Leistung.

§ 160.

Allgemeine Wirkungen. — a) Rechtshängigkeit der Forderung ꝛc.*.

Eine Verzögerung der Leistung über die Zeit der Fälligkeit[1]) hinaus hat Rechtswirkungen einmal für sich, d. h. sofern keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, — dann aber auch neben derselben, insofern die Leistung erst nach stattgefundener Verzögerung unmöglich wird. In diesem Falle werden die Wirkungen beider Institute kombinirt.

Es ist schon hervorgehoben, daß die einfache Verzögerung der Leistung nicht in allen Fällen Rechtsfolgen nach sich zieht.

---

32) Dies entspricht denn auch (da an dem Urtheilsinhalt nicht mehr zu rütteln ist) dem Grundsatz des § 767 Abs. 2 CPO. Daraus ergibt sich auch der kritische Zeitpunkt, nach welchem die in Rede stehende Unmöglichkeit eingetreten sein muß.

33) Z. B. weil er sich im Leistungsverzug befand. S. § 287 BGB. und unten § 162. Der § 283 BGB. will auch hier den Verzugsgrundsätzen keineswegs vorgreifen.

34) S. § 266 BGB. u. oben § 145 Note 38.

35) Z. B. in der Hoffnung, daß die Restleistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt werde.

36) Also wie oben § 158 Ziff. 4.

37) Beweislast und Detail sind wie bei theilweiser vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit. Das Empfangene ist auch hier vom Gläubiger gegen Erlangung des vollen Schadensersatzes zurückzugewähren.

*) Endemann I § 136; Cosack § 107; Enneccerus I § 202.

1) S. o. § 156.

Sie ist im Leben zu häufig; oft ist sie schwer vermeidlich und bringt dem Gläubiger keinen Nachtheil. Der Eintritt besonderer Rechtsfolgen aus der Verzögerung setzt also einen weiteren Grund, eine selbständige juristische Ursache voraus, welche je nachdem sein kann:

1. Rechtsgeschäftliche Bestimmung, welche an das Ausbleiben der Leistung zur Zeit der Fälligkeit besondere Rechtsfolgen anknüpft; z. B. die Verpflichtung zu Schadensersatz, Vertragsstrafe, das Recht des Rücktritts vom Vertrage ꝛc.

2. Auch das Gesetz knüpft unter Umständen an das Ausbleiben der Leistung eine Verpflichtung an.

a) Entweder ohne Weiteres, wie die Zinspflicht in gewissen Schuldverhältnissen[2]); oder

b) als Folge der Rechtshängigkeit des Anspruchs[3]). Hierher gehört die Verpflichtung zu Prozeßzinsen bei Geldschulden[4]). § 291 BGB. Diese Zinsen laufen also erst von der Klageerhebung resp. einem ihr gleichstehenden Akt des Gläubigers ab, vorausgesetzt daß die Schuld in diesem Augenblick fällig war[5]); andernfalls erst von der Fälligkeit der Forderung. Der Zinsfuß ist der gesetzliche. Kann jedoch der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese auch von der Rechtshängigkeit ꝛc. ab fortzuentrichten. Geschuldete Zinsbeträge sind regelmäßig nicht weiter zu verzinsen[6]).

Aehnlich bestimmt das Gesetz bei Schuldverhältnissen auf Herausgabe eines bestimmten individuellen Gegenstandes[7]), daß von der Rechtshängigkeit des Anspruchs ab der Schuldner hinsichtlich der Aufbewahrung, Erhaltung und Nutzung des Streitgegenstands dieselben Pflichten hat, wie der Besitzer einer Sache gegenüber dem Eigenthumsanspruch (rei vindicatio). § 292[8]). Der Schuldner haftet also,

2) S. o. § 149 Ziff. 2b besonders gegen Ende. Z. B. in den Fällen §§ 452, 641 Abs. 2 BGB. und vielfach im Handelsrecht.

3) S. o. Bd. I § 129.

4) S. schon § 129 zu Note 22.

5) Ueber Klagen auf betagte Leistungen s. insbes. §§ 257—259 CPO.

6) § 291 BGB. u. Cit. Ueber das Verbot des Anatozismus s. schon oben § 149 Ziff. 5. — Weitergehende Ansprüche wegen Verzugs (z. B. auf vollen Schadensersatz) bleiben in allen diesen Fällen unberührt.

7) Gemeint sind Speziesschulden aller Art. Auf erstmalige Leistung, wie auf Rückgabe. Z. B. die Ansprüche des Käufers, Miethers, auf Uebergabe der gekauften, gemietheten Sache ebensowohl wie die Ansprüche des Vermiethers, Verleihers ꝛc. auf Rückgabe. — Ohne besondere Folgen ist die bloße Rechtshängigkeit bei Gattungsschulden, die nicht Geldschulden sind. Hier sind Prozeßzinsen nicht üblich und andere Folgen nicht zu konstruiren.

8) In Verbindung mit §§ 987, 989 ff. BGB. — Ueber die Haftung des mit der rei vindicatio belangten Besitzers einer Sache auf die sog. omnis causa rei s. u. das Sachenrecht.

wenn er verurtheilt wird, nicht blos auf den Schuldgegenstand selbst in seinem dermaligen Bestande, sondern auch auf die Nutzungen desselben von der Zeit der Rechtshängigkeit ab: sowohl der gezogenen, als der schuldhaft (nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft) versäumten; ingleichen für Verschulden in Behandlung des Leistungsgegenstandes, sofern daraus eine völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung[9]) entspringt[10]). Nur wenn im gegebenen Fall die Haftung des Schuldners nach Inhalt des Schuldverhältnisses eine geringere ist[11]), soll sie auch in dieser Beziehung nicht verschärft werden[12]). § 292 Abs. 1 i. f. BGB. Umgekehrt kann sie aus besonderen Gründen jenes Maß übersteigen[13]). — Zu Gunsten des Schuldners wird ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen auf den Leistungsgegenstand[14]) im gleichen Umfang wie gegenüber der aus dem Eigenthum erhobenen Klage anerkannt. § 292 Abs. 2[15]).

c) Daneben gibt es noch Sondervorschriften für einzelne Fälle, über die sich nichts Allgemeines sagen läßt. Z. B. wird die Rückgabe des vermietheten oder verpachteten Gegenstandes vom Empfänger des letzteren verzögert, so ist für die Zeit der Säumniß der bedungene Pacht- oder Miethzins verhältnißmäßig fortzuentrichten. §§ 557, 597 BGB.[16])

---

9) Durch Untergang, Verschlechterung des Schuldgegenstandes rc.

10) Schuldhaftes Verhalten nach der Rechtshängigkeit der Forderung! Der Schuldner braucht nicht in Verzug zu sein: er kann sich gutgläubig vertheidigen. Aber nachdem der Gegenstand ihm gerichtlich abgefordert worden ist, hat er die Pflicht der custodia in Ansehung des Gegenstandes (s. o. § 157 Ziff. I), deren schuldhafte Verletzung ihn selbständig haftbar macht.

11) Z. B. er haftet danach nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten oder gar nur für Arglist oder grobes Verschulden.

12) Entsprechend oben § 157 Note 6.

13) Z. B. wegen Verzugs des Schuldners (Haftung für Zufall: § 287 BGB.), oder auf Grund besonderer Abmachung der Parteien (Uebernahme einer absoluten Haftung für die Leistung rc.). S. ferner die Fälle §§ 819, 848 BGB. und dazu unten § 161 i. f.

14) S. o. § 151 Ziff. III.

15) Hiernach sind nothwendige Aufwendungen (z. B. an dem verkauften oder gemietheten Hause) nach Erhebung der Kaufklage oder der Klage des Vermiethers auf Rückgabe nach den Vorschriften über die nützliche Geschäftsführung (unten §§ 254 ff.) stets zu ersetzen, andere Aufwendungen gewöhnlich nicht. S. §§ 994 Abs. 2, 996; jedoch auch 998. — Soweit die Ansprüche des Schuldners gehen, hat er auch ein Zurückbehaltungsrecht der geschuldeten Leistung nach Anleitung des § 1000 BGB. S. o. Bd. I § 124.

16) Auch hierdurch werden aus besonderen Gründen (insbesondere Verzug) entspringende weitere Ansprüche auf vollen Schadensersatz rc. nicht ausgeschlossen.

b) Verzug des Schuldners*.

§ 161.

α. Voraussetzungen.

Unter besonderen Umständen wird die Verzögerung der geschuldeten Leistung zum Verzug. Dieser ist ein besonderes Rechtsinstitut mit eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen. Dasselbe dient zur Ausgleichung der Nachtheile, welche der Gläubiger bei besonders qualifizirter Verzögerung der Leistung durch deren Verspätung erleidet[1]).

Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges sind (§§ 284, 285 BGB):

1. Fälligkeit der Forderung[2]). Solange der Gläubiger nicht fordern kann, ist überhaupt von keiner Verzögerung der Leistung die Rede. Hierbei wird wichtig, ob der Schuldner nach Inhalt des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nur Zug um Zug gegen eine andere Leistung verpflichtet ist[3]). Ist das Schuldverhältniß ein unvollkommenes (oben § 140), so kommt der Schuldner durch die Nichterfüllung nicht in Verzug[4]).

2. Die Nichterfüllung des Schuldverhältnisses muß auf einem Umstande beruhen, welchen der Schuldner nach den allgemeinen Regeln[5]) zu vertreten hat[6]). Der Verzug setzt also ein Verschulden des Leistungspflichtigen voraus, es sei denn, daß letzterer nach Inhalt des

---

*) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 3. Abth. (1855); Kniep, Die Mora des Schuldners, 2 Bde. (1871, 1872); G. Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge (1891). — Stammler S. 140ff., Dernburg §§ 71—72; Endemann I §§ 137—138; Cosack § 105; Mathiaß I § 80; Enneccerus I §§ 198 ff.

1) Voraussetzungen und Wirkungen des Schuldnerverzugs sind in §§ 284ff. BGB. in engstem Anschluß an das röm. Recht (nur unter Beseitigung einiger Streitfragen) geregelt.

2) Was dazu gehört, s. o. § 156. Bei Präsentationspapieren tritt nach § 155 Note 25 die Fälligkeit erst mit der Präsentation ein. Selbstredend darf dem Anspruch des Gläubigers auch keine Einrede entgegenstehen. S. schon l. 54 Dig. de pactis 2, 14 2c., sowie auch unten Ziff. 2.

3) Er hat dann bis zum Verfolg dieser Leistung eine Einrede (s. die vorige Note); sei es des Zurückbehaltungsrechts (Bd. I § 124) oder des nicht erfüllten Vertrages (s. u. § 169).

4) Denn es fehlt die Einforderbarkeit der Schuld. S. schon römisch (bei den sog. Naturalobligationen) l. 88 Dig de R. J. 50, 17.

5) S. darüber oben § 157.

6) Die gemeinrechtliche — übrigens sicherlich ebenso zu entscheidende — Streitfrage ist durch § 285 BGB. erledigt. Die Bestimmung rechtfertigt sich aus inneren Gründen über das Wesen der Schuldnerhaftung.

Schuldverhältnisses auch ohne Verschulden für die Leistung haftet[7]). Insbesondere hat er auch hier bei Gattungsschulden sein persönliches Unvermögen zur Leistung zu vertreten[8]). Mangel an Zahlungsmitteln[9]) hindert also nicht den Verzug. § 279 BGB. Wohl aber kommt der Schuldner regelmäßig dann nicht in Verzug, wenn er guten Grund hat, sich der Leistung zu weigern[10]), oder auch nur anzunehmen, daß die Schuld nicht bestehe (z. B. wenn er es gutgläubig auf einen Prozeß ankommen läßt)[11]). Entschuldbarkeit des Irrthums über den Bestand des Forderungsrechts schließt auch in dieser Beziehung das Verschulden aus[12]). Nach allgemeinen Grundsätzen muß jedoch der Schuldner beweisen, daß er die Leistung aus einem Grunde verzögerte, für den er nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht verantwortlich ist[13]). — Wenn über den Inhalt der Verpflichtung Streit besteht und der Schuldner nicht so zu leisten braucht wie es der Gläubiger verlangt, so wird der Verzug jedoch nicht immer ausgeschlossen[14]). Jedenfalls aber dann, wenn Gläubiger

---

7) Z. B. für seine Gehülfen bei der Leistung und gesetzlichen Vertreter (s. § 278 BGB. und oben § 157 Ziff. II); oder auf Grund einer absoluten Garantieübernahme für die Leistung ꝛc.

8) S. darüber des Näheren oben § 158 zu Note 12. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Verzug leugnet mit Unrecht Dernburg § 71 i. f. Verzug und Unvermögen sind hier überhaupt inhaltlich kaum zu unterscheiden. Vgl. o. § 145 Note 19. § 279 BGB. paßt jedenfalls auf beide Fälle.

9) Wohl aber die anderen in § 158 Note 15 erwähnten Umstände, soweit sie die Leistung verzögern und nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht zu vertreten sind.

10) Nur einen Anwendungsfall enthält Note 2. — Ist die Leistung ihrer Natur nach mit einem gewissen Zeitverlust verbunden oder erfordert sie zeitraubende Vorbereitungen, so tritt kein Verzug ein, wenn der Schuldner nur jeden unnöthigen Zeitverlust vermeidet.

11) Dann verbleibt es bei den oben § 160 Ziff. 2b geschilderten Prozeßwirkungen.

12) Wegen Rechtsirrthums s. auch oben Bd. I § 22 zu Note 5 ff. — Die Berufung auf Irrthum ist ausgeschlossen, soweit der Schuldner für die Leistung absolut haftet.

13) S. o. § 157 Ziff. III. — Im Fall des Irrthums hat er die gerechten Gründe seines Zweifels darzuthun. Dabei ist zu beachten, daß er regelmäßig durch Mahnung (s. u. Ziff. 3) zur genauen Prüfung seiner Verpflichtung aufgefordert worden ist.

14) Sonst würde jede unbedeutende Differenz in der Auffassung über den Inhalt der Verpflichtung, wie sie bei den meisten Verbindlichkeiten vorkommt, eine bequeme Handhabe, um womöglich gar nicht zu erfüllen und dadurch den Gläubiger mürbe zu machen. Es ist vielmehr Thatfrage, ob und inwiefern der Schuldner guten Grund hat, sich unter den obwaltenden Umständen überhaupt der Leistung zu weigern (s. o. bei Note 10), oder anzubieten was er schuldig ist. Vgl. dazu Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 271, Bd. 16 S. 200, Bd. 18 S. 276 und des RG. Bd. 9 S. 141 ff. Dernburg § 71 zu Note 9, Schollmeyer, Oertmann zu § 284 BGB. A. M. Planck eod., Endemann § 137 zu Note 7.

die seinem Standpunkt nicht entsprechende Leistung *anzunehmen verweigert*[15]).

3. *Der Verzug setzt endlich Gewißheit darüber voraus, daß der Gläubiger die Leistung gerade jetzt erwartet.* Diese Gewißheit liegt mit dem bloßen Herankommen des Fälligkeitstermins noch keineswegs vor[16]). Es bedarf einer *Konstatirung, daß der Gläubiger durch die Verzögerung Schaden leidet*[17]). Die Konstatirung erfolgt

a) regelmäßig mittelst einer besonderen vom Gläubiger ausgehenden Erklärung: der sog. *Mahnung* (interpellatio). Vor Fälligkeit der Forderung ist sie nicht wirksam[18]). § 284 Abs. 1 BGB. Die Mahnung ist an den Schuldner zu richten. Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[19]), bedarf aber im Uebrigen zu ihrer Gültigkeit[20]) keiner Form. Inhaltlich muß sie das *Leistungsverlangen* zum Ausdruck bringen: es genügen also nicht Erklärungen, deren Sinn auch sein kann, den Schuldner blos an die Forderung zu *erinnern* oder über ihre Höhe zu *unterrichten* (wie z. B. einfache briefliche oder gar mündliche Erwähnung der Forderung, die Zusendung einer Rechnung[21]) u. dgl.). *Kündigung ist keine Mahnung.* Sie führt gegebenenfalls die Fälligkeit der Forderung erst herbei, während die Mahnung sie voraussetzt[22]).

---

15) Aus Gründen des Annahmeverzugs und des unten § 165 Gesagten.

16) S. o. § 156.

17) Den er selbstverständlich nicht tragen will (sofern der Schaden nicht wegen besonderer Entschuldigungsgründe des Verpflichteten auf ihn zurückfällt. S. o. Ziff. 2).

18) Das Erforderniß der Mahnung ist röm. Ursprungs (vgl. l. 32 Dig. de usur. 22, 1); doch sollte hier auch eine vor der Fälligkeit vollzogene Mahnung genügen. Dies ist mit Recht beseitigt. — Das deutsche Recht kannte die Mahnung auch (s. z. B. *Brunner* in der Ztschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 74 ff.), verlangte sie aber nicht immer; namentlich dann nicht, wenn eine Bringschuld vorlag, für die ein fester Leistungstermin festgesetzt war (s. *Löning*, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876 S. 165 ff.).

19) S. o. Bd. I § 88. Dadurch erledigen sich die röm. Detailvorschriften über das Verbot der Mahnung zu unpassender Zeit und an unpassendem Orte (vgl. l. 32 Dig. eod.; l. 23, 24 Dig. de V. O. 45, 1; l. 36 § 3 Dig. de legat. I, 30). Desgleichen über den Erklärungsempfänger und die Behandlung bei Abwesenheit desselben (l. 23 § 1 Dig. de usur. ist beseitigt). S. jetzt § 132 BGB.

20) Den *Beweis* wird sich der Gläubiger zweckmäßig (z. B. durch eingeschriebenen Brief 2c.) sichern; denn die Voraussetzungen des Verzugs hat er zur Begründung seiner Ersatzforderung 2c. (unten § 162) darzulegen. Sie gehören zum Klagegrunde.

21) Ob auch nicht einer quittirten? Oder eines Postauftrags? S. *Dernburg* § 71 zu Note 8.

22) Gegenüber § 284 Abs. 1 BGB. ist diese Entscheidung zweifellos. Inwiefern eine besondere Mahnung nach der Kündigung entbehrlich ist, s. daselbst Abs. 2 u. unten lit. b. Ebensowenig ersetzt die *Aufrechnungserklärung* eine Mahnung. — Uebrigens kann ein *Anerkenntniß* des Schuldners die Bedeutung haben, sich so behandeln lassen zu wollen, wie wenn er in mora wäre.

Mahnung zur Leistung auf einen bestimmten späteren Zeitpunkt ist zulässig[23]).

Daß ein formalisirtes gerichtliches Leistungsverlangen, wie es in der Erhebung einer Klage auf die Leistung[24]) oder in der Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§§ 253, 281, 500, 510, 693, 695 ff. CPO.) liegt, die formlose Mahnung ersetzt, ist selbstverständlich und wird vom Gesetz nur zur Verdeutlichung hervorgehoben. Ist aber die Klage vor der Fälligkeit erhoben, so kann man darin keine Mahnung auf den späteren Fälligkeitszeitpunkt erblicken[25]): wohl aber, wenn die Fälligkeit demnächst im Laufe des Prozesses eintritt[26]), in der weiteren Fortführung des Verfahrens. — Handelt es sich um Zug um Zug zu bewirkende Leistungen, so ist weder zur gerichtlichen noch außergerichtlichen Mahnung Angebot der Gegenleistung erforderlich: es kommt vielmehr nur darauf an, ob der Gläubiger zur Zug- um Zugleistung bereit ist[27]).

Berechtigt zur Mahnung ist der jeweilige Gläubiger resp. sein legitimirter Vertreter[28]), also auch ein Cessionar (unter Beobachtung des § 410 BGB.)[29]). Wegen der Wirksamkeit des Geschäfts im Uebrigen gelten die allgemeinen Grundsätze[30]).

---

23) Sie ist negotium purum, nicht befristetes Rechtsgeschäft. Das Leistungsverlangen, das der Gläubiger für sofort stellen könnte, kann er nach den Grundsätzen des § 156 oben auch für einen bestimmten späteren Zeitpunkt stellen (sogut wie er auch stunden kann). Irrig Planck zu § 284 Note 4 lit. f. — Ueber bedingte Mahnung s. o. Bd. I § 97 zu Ende.

24) Nicht in einer Feststellungsklage. S. o. Bd. I § 133. — Das Erforderniß des Leistungsverlangens, das in der Mahnung liegen muß, gibt an die Hand, welche Akte als Mahnung gelten können und welche nicht. Z. B. keineswegs alle, welche zur Unterbrechung der Verjährung (oben Bd. I § 116 Note 16 ff.) taugen. Es handelt sich um ein ganz anderes Ziel. Daher ersetzt z. B. die in einem anderen Prozeß an den Schuldner ergehende Streitverkündung, oder die Pfändung einer Forderung durch den creditor creditoris (s. § 829 CPO.) nicht die Mahnung.

25) Denn entweder liegt einfache pluspetitio vor, oder die Klage dient (wie in den Fällen der gestatteten Einklagung betagter Leistungen z. B. §§ 257—259 CPO.) ähnlichen Zwecken wie die Feststellungsklage (s. die vorige Note).

26) S. o. Bd. I § 129 Ziff. 1a u. Cit. Kann doch auch eventuell aus solchem Anlaß die Feststellungs- in eine Leistungsklage verwandelt werden. Siehe § 268 CPO.

27) Wann und wo der Gegner leisten soll. Angebot ist daher nur nöthig, wenn der Gläubiger seine Leistung bringen und die Gegenleistung abholen muß. — Kein Verzug tritt ein, wenn der Gläubiger von vornherein die Zug- um Zugleistung verweigert.

28) Wozu § 174 BGB. und das oben Bd. I § 103 Ziff. 6b Gesagte zu vergleichen ist.

29) S. auch unten §§ 199 ff. Bei Pfandforderungen s. noch § 1160 BGB.

30) S. z. B. über Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugniß &c. oben Bd. I §§ 83 ff.; über die Erfordernisse der klageweisen Mahnung das Prozeßrecht.

b) Uebrigens bedarf es nicht immer einer Mahnung. Sie hat ihren guten Sinn bei unbetagten Forderungen, weil diese unmittelbar mit der Begründung fällig sind und doch selten sofort erfüllt werden. Ebenso bei betagten Forderungen mit nicht genau bestimmten Leistungsterminen. In allen diesen Fällen bedarf es einer besonderen Konstatirung, daß die Leistung jetzt erwartet, bei ihrem Ausbleiben der Gläubiger geschädigt wird. Bei betagten Forderungen mit fest bestimmten Leistungsterminen liegt jedoch in der Festsetzung wohl auch, daß die Leistung bis zu jenem Termin erwartet wird. Unter dem Einfluß dieser Anschauung[31]) wird bestimmt, daß der Schuldner ohne Mahnung in Verzug kommen soll, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist[32]) und die Leistung zur festgesetzten Zeit nicht erfolgt. § 284 Abs. 2. Auch muß der Gläubiger die Leistung nicht abzuholen haben[33]). Gleichgültig ist, ob der Termin durch Rechtsgeschäft, behördliche Anordnung, Urtheil, oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist; — ob er sofort bestimmt ist, oder so, daß das Schuldverhältniß zunächst auf Kündigung steht, aber mit einer Kündigungsfrist, die sich (nach stattgefundener Kündigung) in gleicher Weise nach dem Kalender berechnet[34]). Gegentheilige Parteifestsetzung ist möglich[35]).

c) Schließlich sind seit Alters her auch Fälle anerkannt, in denen es (beim Vorliegen der übrigen Verzugsvoraussetzungen) überhaupt keiner Mahnung bedurfte[36]). Man sprach davon, daß hier ex re fit mora. Die Hauptfälle sind: Schuldverhältnisse zur Wiedererlangung einer durch Delikt entzogenen Sache[37]), und aus ungerechtfertigter Bereicherung eines

31) Der Ursprung derselben liegt im deutschen Recht. S. o. Note 18. Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis formulirte daraus — gegen das röm. Recht, dessen Aussprüche man zu pressen versuchte — den berühmten Satz: dies interpellat pro homine. Es folgten das Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 20 und das Sächs. GB. § 736 (für Vertragsverbindlichkeiten), während das franz. Recht (Art. 1139 Code Nap.) den Satz verwarf.

32) Kalendermäßige Bezeichnung wird aber nicht verlangt (arg. § 133 BGB.). Danach genügt ein dies certus an et certus quando (s. o. Bd. I § 102) also Anknüpfung der Leistungszeit an ein bestimmtes sicheres Ereigniß (z. B. heute in 8 Tagen, Ostern nächsten Jahres 2c.).

33) Denn dann ist es nicht sicher, ob er abholt. Dies entspricht auch der Wortfassung des § 284 Abs. 2. Enneccerus § 198 Note 10.

34) Z. B. es ist bestimmt, daß 3 Monate nach der Kündigung zu leisten sei. — Ueber die Berechnung derartiger beweglicher Zeiträume s. o. Bd. I § 120.

35) Schollmeyer zu § 284 Note 4.

36) Also auch nicht bei sofort fälligen Leistungen. — Bei Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen oder Dulden bedarf es im Fall der Zuwiderhandlung keiner Mahnung, weil gar nicht Verzug, sondern Nichtleistung vorliegt. S. o. § 158 zu Note 20.

37) Speziell in der Anwendung auf Diebstahl (betreffs Rückgabe der entwendeten Sache). Vgl. die Rechtsparömie: Fur semper moram facere videtur

bösgläubigen Empfängers[38]). Für die Rückgabe einer durch unerlaubte Handlung[39]) entzogenen Sache ist der Thäter auch heute verantwortlich, wie wenn er im Verzug wäre. § 848 BGB.[40]). Der Fall der subjektiv ungerechtfertigten Bereicherung wird nur formell anders behandelt (§ 819 BGB.). Das Gesetz fixirt die Bereicherungsschuld im Allgemeinen mit der Rechtshängigkeit der Forderung[41]). Demgemäß wird z. B. der wissentliche Empfänger einer Nichtschuld so behandelt, wie wenn der Herausgabeanspruch zur Zeit des Empfangs gegen ihn rechtshängig geworden wäre. § 819 Abs. 1. Der Abs. 2 verfügt ähnlich für einen Empfang, der wider ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt[42]). Da aber der verklagte unredliche Besitzer im Sinne des § 284 BGB. als gemahnt erscheint, befindet er sich doch wieder in Verzug[43]).

§ 162.

β. Wirkungen des Verzugs.

Die Wirkungen des Verzugs lassen sich im Allgemeinen dahin zusammenfassen, daß dem Gläubiger Alles zu gewähren ist, was er haben würde, wenn ihm zu der Zeit, als der Verzug begann, geleistet worden wäre. Der Schuldner muß alle Nachtheile des Verzugs auf sich nehmen[1]). Vgl. §§ 286—290 BGB. Daraus ergibt sich:

---

u. l. 8 § 1 Dig. de cond. furt. 13, 1; l. 1 § 35 Dig. de vi 43, 16. Analoge Ausdehnung fand aber schon längst statt, wenn man auch über den Umfang derselben streiten mochte.

38) Vgl. l. 65 § 8 Dig. de cond. indebiti 12, 6; l. 43 § 2 Dig. de furt. 47, 2; Preuß. A.LR. I Tit. 16 §§ 189, 193 ff.; Code Napoléon Art. 1378, 1379 i. f.

39) Jeder Art. Mag es sich um ein Straf- oder Civildelikt oder auch um eine mit relativem Unrecht konkurrirende unerlaubte Handlung handeln, — mag die entzogene Sache (wie bei Pfand- oder Arrestbruch) dem Thäter selbst gehören, sofern die That nur unter §§ 823 ff. BGB. fällt.

40) Es muß genügen, daß das Gesetz die Rechtsfolgen des Delikts übereinstimmend mit der Verzugsfolge (§ 287) regelt. (Die übrigen Verzugswirkungen, soweit sie passen, z. B. §§ 286, 290 treten ebenfalls ein.)

41) S. § 818 Abs. 4 BGB. und unten § 323 Ziff. II.

42) Hier wird der Empfänger so behandelt, wie wenn der Anspruch schon zur Zeit des Erwerbs rechtshängig geworden wäre. An Stelle des Verzugs ist die Rechtshängigkeit getreten.

43) Er haftet also nach § 287 BGB. für Zufall. S. auch oben Bd. I § 129 Note 19.

1) Für Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen gelten des Weiteren die §§ 326 ff. BGB. S. u. § 171. — Sonstige Folgen für gewisse Schuldverhältnisse werden besonders erwähnt. Vgl. z. B. §§ 264 Abs. 1, 339, 554, 633 Abs. 3, 775 Abs. 1 Ziff. 3, 1613 BGB.

1. Der säumige Schuldner hat nicht nur die Leistung selbst, soweit sie noch möglich ist, nachzuholen, sondern auch dem Gläubiger für die Entbehrung derselben während der Verzugszeit Ersatz zu geben. S. § 286 Abs. 1[2]). Der Ersatz ist regelmäßig Geldersatz und folgt im Uebrigen den allgemeinen Regeln[3]). Es ist der positive Nachtheil und der entgangene Gewinn zu ersetzen. Hieraus folgt z. B., daß der Schuldner die von dem Leistungsgegenstand gewonnenen oder gewinnbaren Nutzungen (im früher besprochenen Umfang) zu ersetzen hat[4]). Bei Geldschulden kann der Gläubiger sogar regelmäßig für die Verzugszeit Zinsen der geschuldeten Summe verlangen: sog. Verzugszinsen[5]). Für die Höhe dieser Verzugszinsen ist der allgemeine gesetzliche Zinsfuß maßgebend[6]). S. § 288 BGB., § 352 HGB. Aus besonderem Rechtsgrunde geschuldete höhere Zinsen sind fortzuentrichten. Dagegen können die Verzugszinsen nicht von einer Zinsschuld selber gefordert werden[7]). Kann der Gläubiger jedoch den Nachweis eines ersatzfähigen[8]) höheren Schadens bringen, so kann er dessen Ausgleichung verlangen. S. §§ 288 Abs. 2, 289 i. f. BGB.

2. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. § 287 S. 1[9]). Haftete er nach dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses z. B. nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten oder grobes Versehen, so soll der Gläubiger darunter während des Verzuges nicht leiden[10]).

---

2) Der Grundsatz galt schon im röm. Recht (vgl. l. 114 Dig. de V. O. 45, 1); dem deutschen Rechte war er fremd. Man half sich hier durch besondere Zusagen. S. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 229 Ziff. 1. Als das röm. Recht eindrang, war das kanonische Zinsverbot der Interesseforderung hinderlich. Seit dem Reichsdeputationsabschied v. 1600 § 139 hat der Gläubiger die Wahl zwischen Schadensersatz und Verzugszinsen.

3) S. o. § 151.

4) Er hat auch die Kosten der Mahnung zu tragen.

5) Ohne den Nachweis eines besonderen Schadens führen zu müssen. S. o. § 149. — Der Schenker schuldet nach § 522 BGB. keine Verzugszinsen.

6) Also 4 Prozent, in Handelssachen 5 Prozent. S. o. § 149. Sollte der landesübliche Zinsfuß wieder darüber hinaussteigen, so wird der Gläubiger freilich nicht gehindert sein, das vorenthaltene Geld anderswoher zu entleihen und dem Schuldner die dafür zu entrichtenden höheren Zinsen als Schadensersatz zur Last zu legen. Dies nannte man ehemals, das schuldige Geld „auf Schaden nehmen". S. Stobbe, Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 40. Zur Zeit f. § 288 Abs. 2 BGB.

7) Dies verstieße gegen das Verbot des Anatozismus. S. o. § 149 Ziff. 5.

8) Die Regeln des Kausalzusammenhanges sind zu beachten. S. o. § 151 und Bd. I § 108.

9) Dies gilt selbst für den Schenker. Arg. § 522 BGB.

10) Also der Schuldner ist nunmehr auch für leichtes Versehen verantwortlich.

3. Tritt während des Verzugs Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ein[11]), so wird der Schuldner selbst dann nicht befreit, wenn die Unmöglichkeit ohne sein Verschulden eingetreten ist. In dieser Hinsicht haftet also der Schuldner für Zufall[12]). Er muß für den untergegangenen Schuldgegenstand Ersatz geben[13]). Das Gleiche gilt bei bloßer Verschlechterung des Gegenstandes[14]). Es wäre unbillig, dem Gläubiger die Gefahr der Leistung aufzubürden, welche den Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung nicht getroffen hätte, weil die Leistung in seiner Hand keinem Unfall ausgesetzt gewesen wäre. Hieraus ergibt sich aber auch eine Einschränkung des Prinzips. Kann der Schuldner beweisen[15]), daß die Leistung auch bei rechtzeitiger Bewirkung (beim Gläubiger) Schaden genommen[16]), letzterer also den Leistungsgegenstand verloren hätte rc., so cessirt insoweit die Verantwortlichkeit des Schuldners. § 287 i. f. Dabei wird nicht verlangt, daß derselbe Unfall hüben wie drüben eingetreten wäre, sondern nur, daß die Leistung ebenso Schaden genommen hätte[17]). Dazu gehört, daß der Unfall nicht nachträglich (nach dem wirklichen Schaden) eingetreten wäre[18]). Und anderseits, daß er den Gläubiger getroffen hätte, was nicht der Fall ist, wenn dieser den Leistungsgegenstand vorher veräußert oder

11) Z. B. das geschuldete Thier wird während des Verzugs von einer Seuche dahingerafft; die geschuldete leblose Sache durch Ueberschwemmung oder Blitz zerstört.

12) § 275 BGB. ist nicht anwendbar.

13) Das Surrogationsprinzip des § 281 BGB. wird aber der Gläubiger auch hier für sich anrufen können. S. o. § 158 Ziff. 5. Z. B. wenn die geschuldete Sache von einem Dritten zerstört wurde.

14) Sie hat den Charakter einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung. — Die Römer redeten in allen diesen Fällen von einer perpetuatio obligationis in Folge des Verzugs (weil das Schuldverhältniß sonst durch den betreffenden Zufall erloschen wäre). Dies ist ein ansprechendes und heute noch völlig verwerthbares Bild.

15) Die Beweislast des Schuldners ergibt sich aus der Wortfassung des § 287 wie aus inneren Gründen. Letztere sind für den Umfang des Beweises, wie er im Texte angegeben ist, entscheidend. Dieser Umfang ist übrigens heutzutage unter den maßgebenden Schriftstellern kaum noch streitig. — Haftet der Schuldner schon nach Inhalt des Schuldverhältnisses absolut, so wird er übrigens durch § 287 BGB. nicht entlastet.

16) Ganz oder theilweise. Letzteres z. B. bei bloßer Verschlechterung des Leistungsgegenstandes (s. o.).

17) Z. B. das beim säumigen Verkäufer an einer inneren Krankheit verendete Thier wäre auch im Stall des Käufers untergegangen, der in derselben Zeit durch eine Feuersbrunst zerstört wurde.

18) Nach dem Schaden, der die Leistung wirklich betroffen hat. Denn dann kommt nach Bd. I § 108 nur dieser in Betracht. Der Wortlaut des § 287 läßt darüber keinen Zweifel zu. — Wäre durch das andere Ereigniß ein bestimmter geringerer Nachtheil eingetreten, so bleibt der Schuldner für die Differenz verantwortlich.

der Einwirkung des schädigenden Ereignisses durch Umgestaltung, Verzehr ꝛc. entzogen haben würde[19].

Die Höhe des Schadensersatzes bemißt sich auch hier nach den allgemeinen Vorschriften[20]. Der Gläubiger kann also nicht ohne Weiteres den höchsten Werth fordern, den der Leistungsgegenstand während des Verzuges hatte[21]. Zwar wäre dieser Werth in sein Vermögen gekommen[22]; indessen nicht immer wird der volle Schaden ersetzt. Der höchste Werth kann durch zufällige, unberechenbare, insbesondere dem Schuldner unerkennbare Bedingungen herbeigeführt sein — da entscheidet denn das Prinzip der §§ 252, 254 BGB., ob Schuldner dafür haftet[23].

Anderseits ist der zugebilligte Ersatzbetrag nach § 290 von dem Augenblick an zu verzinsen, welcher der Werthbestimmung zu Grunde zu legen ist[24].

4. Eine besondere Betrachtung erfordern die Fälle, in welchen die geschuldete Leistung zwar noch geschehen kann, aber dem Gläubiger wirthschaftlich nicht mehr dasselbe bietet, was er bei rechtzeitiger Leistung davon gehabt hätte. Die Grundsätze sub 3 sind darauf nicht ohne Weiteres übertragbar[25]. In dieser Hinsicht kommt in Betracht

a) ein Sinken der Preise. Dadurch ist das Schuldobjekt entwerthet — es ist nicht verschlechtert[26]. Das Objekt selbst ist unberührt geblieben, und wird so wie es immer war geliefert. Daraus

---

19) Letzterer Beweis ist für den Schuldner sehr schwer zu führen, da es sich um Möglichkeiten handelt, die nur aus der konkreten Sachlage mit einiger Sicherheit bestimmt werden können (z. B. die Veräußerungsmöglichkeit nach Angebot und Nachfrage zur kritischen Zeit, den etwaigen persönlichen Bedürfnissen und der ganzen Lebenshaltung des Gläubigers). — Kann der Schuldner den Beweis nicht führen, so bleibt er verantwortlich. Dies ist aber gerecht: denn er ist es, der durch seinen Verzug den Gläubiger zuerst benachtheiligt hat. Er hat daher die Folgen des non liquet auf sich zu nehmen. Die gegentheilige Auffassung des Preuß. Rechtes ist verlassen. Vgl. Dernburg § 72 zu Note 6, Schollmeyer § 287 Note 2, Planck Note 2 u. A.

20) S. o. § 151.

21) Wie nach röm. Recht. Vgl. l. 8 § 1 Dig. de cond. furt. 13, 1; l. 3 § 3 Dig. de A. E. V. 19, 1.

22) Vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand nicht vorher veräußert hätte. S. o.

23) S. o. § 151 zu Note 29 ff.

24) S. o. § 149 zu Note 22.

25) Denn der Schuldner ist fortdauernd fähig, eben diese Leistung zu bewirken.

26) Ist die Entwerthung als Verschlechterung aufzufassen, wie unter Umständen bei Werthpapieren durch Sinken der Kurse, so würden die Grundsätze sub Ziff. 3 Anwendung finden.

rechtfertigt sich, daß der Gläubiger die Werthdifferenz (als Schadensersatz) nur fordern kann[27]), wenn er beweist, daß die Differenz, soweit sie an sich ersatzfähig ist (§§ 252, 254 BGB.), in sein Vermögen geflossen, d. h. durch Verwerthung (Veräußerung rc.) des Gegenstands vor Sinken der Preise ihm dauernd zu Gute gekommen wäre[28]).

b) Ferner ist denkbar, daß die Leistung, obschon sie noch geschehen kann, zur Zeit für den Gläubiger überhaupt kein Interesse mehr hat[29]). Kann er dies beweisen, so liegt eine ähnliche Situation vor, wie in den der Unmöglichkeit der Leistung gleichgestellten Fällen. S. o. § 159. Wie dort, muß also der Gläubiger das Recht haben, die verspätete Leistung abzulehnen und für die ganze Leistung Ersatz zu verlangen. § 286 Abs. 2 BGB. gewährt ihm dies Recht in Anlehnung an die Grundsätze der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung (§ 280 Abs. 2 BGB.)[30]).

E. Verzug des Gläubigers*.

§ 163.

1. Voraussetzungen.

Auch der Gläubiger kann in Verzug gerathen, wenngleich in anderer Weise als der Schuldner. Das Schuldverhältniß soll seinem Wesen nach zur Leistung führen: und zwar zur Leistung an den

27) Nach den Grundsätzen sub Ziff. 1.

28) A. M. Dernburg § 72 zu Note 9 ff. auf Grund des röm. Rechts (s. o. Note 21). Aber die röm. Grundsätze sind hier nicht die unsrigen. Sie folgen weder aus der Natur der Sache, noch paßt der Wortlaut des § 287, der die unmittelbare Haftung des Schuldners für Untergang, Verschlechterung statuirt, auf diesen Fall. S. auch Motive Bd. 2 S. 65.

29) Z. B. ein Pferd ist für eine Dienstleistung gekauft und wird erst nach Beendigung derselben geliefert.

30) S. o. § 158 Ziff. 4 b. Das dortige Detail ist auch auf diesen Fall anwendbar. Daraus ergibt sich auch, daß § 286 Abs. 2 nicht schon (wie Dernburg § 72 i. f. anzunehmen scheint) die Ablehnung als Rücktritt auffaßt. Nur wenn die interesselose Leistung irrthümlich angenommen war, ist sie (nach den Grundsätzen des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen) gegen Empfang der Entschädigung zurückzugeben. — Viel weiter geht bei gegenseitigen Verträgen § 326 BGB. Darüber s. u. § 171.

*) Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 261 ff. und im Archiv für bürg. Recht Bd. 13 S. 149; v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris (1884); Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge (1895); Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris (1898); Rosenberg in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 43 S. 141. Stammler S. 151 ff.; Dernburg §§ 74—76; Endemann I §§ 139 bis 140; Cosack § 106; Mathiaß § 81; Enneccerus I §§ 203 ff.

Gläubiger. In diesem Sinne sagt man, daß der Schuldner die Leistung zu machen, der Gläubiger sie anzunehmen habe[1]).

Eine Verzögerung der Leistung kann hiernach auch am Gläubiger liegen, indem dieser durch sein Verhalten den Schuldner an der Leistung verhindert[2]). Das Verhalten gestaltet sich unter bestimmten Voraussetzungen zum Verzug des Gläubigers mit besonderen Rechtsfolgen (Annahmeverzug oder Gläubigerverzug). Er geht dem Leistungsverzug des Schuldners parallel und wird ihm hier angeschlossen. Inhaltlich ist er davon wesentlich verschieden.

I. Schon die Grundlage des Instituts ist eine andere.

Der Schuldner ist verpflichtet zu leisten: thut er dies nicht, so verletzt er seine Pflicht. Der Gläubiger ist auf die Leistung berechtigt. Als Gläubiger ist er zu nichts verpflichtet; also auch nicht verpflichtet anzunehmen. Muß der Empfänger annehmen, so ist er insoweit nicht Gläubiger, sondern Schuldner: ähnlich wie auch der Verwahrer einer Sache dieselbe nicht als Gläubiger sondern als Schuldner empfängt. Dagegen wäre es widersinnig, wollte man z. B. den Entleiher, Miether einer Sache, oder den Beschenkten zur Uebernahme zwingen, wenn er sich anders besonnen hat; oder wollte man denjenigen, der eine Sache zur Anfertigung bestellt oder in Reparatur gegeben hat, für verpflichtet erachten, die Sache anfertigen oder repariren zu lassen, trotzdem er ihrer vielleicht gar nicht mehr bedarf, — also lediglich um sie zu seinem Schaden und Verdruß zwecklos bei sich hinzustellen[3]). Davon kann keine Rede sein. Verpflichtet ist der Empfangsberechtigte auf die etwa bedungene Gegenleistung wie wenn er empfangen hätte[4]); — aber davon ist hier nicht zu handeln[5]).

Durch das Gesagte wird nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger einer Leistung zugleich Schuldner hinsichtlich des Empfangs derselben

1) Das Annehmen ist hier im weitesten Sinne zu verstehen.

2) Dies kann in dem Grade geschehen, daß die Leistung dadurch unmöglich wird. Dieser Fall bietet nur bei gegenseitigen Verträgen besonderes Interesse (s. u. § 170 I Ziff. 2). Bei einfachen Schuldverhältnissen bleibt es bei der Befreiung des Schuldners. § 275 BGB. — Wenn der Schuldner für die Leistung absolut haftet, kann er nach § 254 BGB. die Leistung von Schadensersatz ablehnen.

3) Wie wenig dies noch bis vor Kurzem erkannt wurde, davon gibt die Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 155 Zeugniß, die den Bauherrn verurtheilte, dem Uebernehmer die Umänderung der dem ersteren gehörigen Kalköfen zu gestatten und ihm zu diesem Zweck die Sache zu übergeben!

4) Unter eventuellem Abzug desjenigen, was der Schuldner durch die Sistirung der Leistung erspart. S. § 324 BGB. und unten § 170.

5) Dies gehört in die Lehre der gegenseitigen Verträge.

ist. Aber nur ausnahmsweise, nämlich wenn er die Abnahme besonders übernommen hat oder eine gesetzliche Bestimmung ihn dazu verpflichtet[6]). Doch kommt letzteres nur in dem Sinne vor, bei einzelnen Verträgen dem vermuthlichen Parteiwillen durch Aufstellung eines naturale negotii[7]) entgegenzukommen[8]). Soweit derartige Bestimmungen fehlen, ist der Parteiwille hauptsächlich aus dem Interesse zu erforschen, welches der Schuldner an der Abnahme hat[9]).

Kann, hiervon abgesehen, der Gläubiger überhaupt nicht zur Annahme gezwungen werden, so kann er dies auch nicht zur Vornahme anderer Handlungen, welche dem Schuldner die Leistung ermöglichen[10]). Wir reden hier von Hülfshandlungen des Gläubigers. Sie können der Leistung vorausgehen oder sie begleiten; sie können rein thatsächlicher Natur sein oder im Abschluß eines Rechtsgeschäfts[11]) bestehen. Ist die Sachlage nur derart, daß dadurch die Leistung des Schuldners gehindert wird, so wirkt dies geradeso wie eine unmittelbare Nichtannahme des Leistungsgegenstandes[12]).

---

6) Vgl. in dieser Hinsicht die §§ 433 Abs. 2, 445, 640 BGB.

7) S. o. Bd. I § 77 Note 4—6.

8) Aehnlich schon das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 215. — Vgl. dazu Kohler, Archiv S. 174 ff., 241 ff. Die cit. Bestimmungen sind dispositiv. Aber zunächst gelten sie und sind nicht hinwegzuinterpretiren. S. auch Dernburg § 74 zu Note 2 ff., Rosenberg S. 247 ff.

9) Vgl. schon l. 9 Dig de A. E. V. 19, 1. Hier ist das Wegschaffen der Steine ein Theil der Verpflichtung des Käufers. Aehnlich bei Verträgen über Abfälle, Mist, Jauche. Der Empfänger soll Eigenthümer der Stoffe werden, übernimmt aber zugleich die Verpflichtung, den anderen Theil davon zu befreien. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 393.

10) Auch in dieser Beziehung wurde noch in den Entsch. d. ROHG. Bd. 16 S. 204 irrig das Gegentheil angenommen: der Käufer verurtheilt, die Spezifikation der Formen und Dimensionen des zu liefernden Eisens vorzunehmen, mit der Aussicht, andernfalls dazu zwangsweise angehalten zu werden. Anders das RG. seit Entsch. Bd. 14 S. 243 ff. bes. 247. Freilich verpflichtet heutzutage § 375 HGB. den Käufer positiv wieder zu Spezifikation; es beruht dies darauf, daß der Käufer nach der allgemeinen Vorschrift in § 433 Abs. 2 BGB. zur Annahme verpflichtet ist (also konsequent auch zu dem, was zu der Annahme gehört resp. sie ermöglicht. So auch sehr richtig Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 213 bes. S. 216). In dieser Hinsicht ist also § 375 HGB. Ausnahme, wie die §§ 433, 445, 640 BGB., und als solche nur geeignet, das Prinzip klarzustellen. Uebrigens ist auch in § 375 HGB. für eine geeignete Abmilderung gesorgt. S. o. § 146 zu Note 32 ff.

11) Besonders in dem Abschluß eines dinglichen Vertrages (z. B. §§ 925, 929 BGB.).

12) Z. B. der Bauherr stellt dem Baumeister das Terrain nicht zur Verfügung, oder der Gläubiger liefert nicht den Stoff oder die sonstigen Vorbedingungen zur Arbeit. Er vollzieht bei einer Wahlschuld nicht die ihm vorbehaltene Wahl; er findet sich zur Abnahme am Leistungsort nicht ein, oder ist zur Leistungszeit überhaupt abwesend. Oder er ist nicht mit Sicherheit zu ermitteln, da mehrere

II. Die Nichtannahme der Leistung in diesem Sinne, also rein objektiv genommen, ist die Basis des Gläubigerverzugs. § 293 BGB. Dieser Verzug hängt also nicht ab von einem „zu vertretenden Verhalten" des Gläubigers (Verschulden oder sonstigen subjektiven Momenten)[13]). Dieser Gegensatz zum Schuldnerverzug ist logisch begründet. Denn nur soweit Pflichten bestehen, kann überhaupt in Frage kommen, aus welchem Grunde sie nicht erfüllt werden; dagegen ist es Niemanden verwehrt, die Ausübung seiner Rechte zu vernachlässigen. Allerdings soll dieses Recht des Gläubigers nicht zu unbilliger Erschwerung der Schuldnerstellung führen. Aber dem Schuldner hilft einzig das Gesetz. Und zwar so, daß es an die bezeichnete objektive Sachlage eine Erleichterung der Verpflichtung und Mittel ihrer Ablösung knüpft. So beruht das Institut des Annahmeverzugs ausschließlich auf Gründen der Billigkeit.

Das Gesagte erleidet auch dann keine Aenderung, wenn der Gläubiger ausnahmsweise annehmen muß. Denn nimmt er hier dennoch nicht an, so verletzt er seine Verpflichtung: und wenn er dies schuldhaft oder in sonst verantwortlicher Weise thut[15]), so befindet er sich nicht blos im Annahme-, sondern im Leistungsverzuge[16]). Aehnlich kann ein Gläubiger aus anderen Gründen durch dieselbe Handlung in Annahme- und Leistungsverzug gerathen, z. B. wenn er Zug um Zug zu einer Gegenleistung verpflichtet ist und diese in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes[17]) nicht bewirkt. Dem Gegner steht hier frei, die rechtlichen Folgen der einen oder anderen Verzugsart zu ziehen.

1. Voraussetzung des Annahmeverzugs ist hiernach lediglich, daß die Ursache der Nichterfüllung am Gläubiger liegt. § 293 BGB. Selbstverständlich muß der Nichtannehmende der richtige

---

Prätendenten sich die Forderung streitig machen; oder er legitimirt sich nicht als der Berechtigte.

13) Z. B. es genügt Krankheit, Abwesenheit des Gläubigers, seine Unkenntniß von der Forderung (als Erbe des früheren Gläubigers u. dgl.).

14) Dies energisch hervorgehoben, den Annahmeverzug von der Verschuldungsvorstellung gereinigt zu haben, ist das Verdienst von Kohler. Was man dagegen vorgebracht hat — insbesondere über die angebliche „Mitwirkungspflicht des Gläubigers zur Leistung" — ist haltlos.

15) Was von Anwendung der oben §§ 157, 161 entwickelten Grundsätze abhängt.

16) Fehlt die Verantwortlichkeit, so bleibt es beim Annahmeverzuge, weil keine Pflichtverletzung vorliegt.

17) Andernfalls liegt auch hier nur ein Annahmeverzug nach Maßgabe des § 298 BGB. vor.

Gläubiger sein[18]), oder Jemand, an den der Schuldner gültig zu leisten befugt ist[19]). Aber geschäfts- oder verfügungsfähig hinsichtlich der Forderung braucht er nicht zu sein, da die Nichtannahme als reine Thatsache in Betracht kommt[20]). Auch fällig braucht der Anspruch in der Regel nicht zu sein, da der Schuldner für gewöhnlich auch bei betagten Schulden das Recht der Vorausbezahlung hat[21]). Nur soll der Schuldner nicht in Folge dieser Willkür[22]) eine vorübergehende Hinderung des Gläubigers[23]) benutzen und letzteren dadurch in Annahmeverzug versetzen können[24]). Vielmehr kommt der Gläubiger hier nicht in Verzug, falls nicht die Leistung angemessene Zeit[25]) vorher angekündigt war[26]). § 299. Nicht einmal nachträglich bewirkt die unzeitige Leistung den Verzug, wenn die Verhinderung des Gläubigers nachher aufhörte[27]). Darf der Schuldner dagegen nur zu bestimmtem Termine leisten, so kommt eine zu dieser Zeit bestehende vorübergehende Verhinderung der Annahme nicht in Betracht; es sei denn, daß der Schuldner sie arglistig herbeiführte.

Daß die Nichtannahme auch in einem indirekten Verhalten des Gläubigers liegen kann, ist schon erwähnt.

2. Soll die thatsächliche Ursache der Nichterfüllung am Gläubiger liegen, so muß der Schuldner[28]) seinerseits vollständig zur

18) Und überhaupt Gläubiger! Also das Schuldverhältniß darf nicht unwirksam oder der Schuldner nach § 275 BGB. befreit sein. Man sagt daher, daß auch hier Unmöglichkeit der Leistung den Verzug ausschließe. Doch ist dies nicht immer richtig. S. u. Ziff. 2.

19) Z. B. ein sog. solutionis causa adiectus. S. u. § 182 Ziff. 3b.

20) S. auch Schollmeyer zu § 293.

21) S. o. § 156 Ziff. III.

22) Sowohl bei Fälligkeit (statim debetur quod sine die debetur) als wegen des Rechtes der Vorauszahlung. — Der Gläubiger müßte sich sonst beständig der Leistung gewärtig halten.

23) Was dazu gehört, ist Thatfrage — sowohl hinsichtlich der Gründe als der Dauer der Nichtannahme. Verhinderung ist z. B. unter Umständen ein Spaziergang, eine Geschäfts- oder Erholungsreise, sei es des Gläubigers selbst oder der zur Annahme der betreffenden Leistungen bestellten Personen, Häufung der Geschäfte, Platzmangel. Was vorübergehend ist, muß mit Bezug auf die einzelnen Hinderungsgründe nach der Auffassung des Lebens und Verkehrs bestimmt werden.

24) Die Interessen der Parteien werden hier billig gegeneinander ausgeglichen, wie es sich von selbst versteht bei einem Institut, das auf der Billigkeit beruht. Es wäre verfehlt, die Bestimmung des § 299 so zu drehen, als ob nun doch ein Rest des Verschuldungsmoments im Gesetz übrig geblieben sei. A. M. Cosack § 106 I Ziff. 3 a. u. b.

25) Die Frage der Angemessenheit ist nach den oben Note 23 angegebenen Gesichtspunkten, und im Streitfall durch das Gericht zu beantworten.

26) Seine Verhinderung hat der Gläubiger, die erfolgte Ankündigung der Schuldner zu beweisen.

27) Es sei denn, daß ein ordnungsmäßiges Angebot der Leistung andauert.

Leistung bereit sein[29]), und zwar nicht blos mit Worten, sondern thatsächlich. Er muß fähig, oder wie § 297 BGB. sich ausdrückt, im Stande sein, zu leisten[30]), was er selbstverständlich auch dann nicht ist, wenn die Leistung überhaupt unmöglich wurde. Liegt der Hinderungsgrund dagegen ausschließlich am Gläubiger[31]), während der Schuldner fortdauernd bereit und im Stande ist zu leisten, so darf die Frage nach der Möglichkeit der Leistung nicht aufgeworfen werden, sondern der Nachtheil fällt dem Gläubiger zur Last. Es liegt daher gleichfalls Annahmeverzug vor[32]). Dies wird durch § 297 BGB. bestätigt.

Die Leistungsbereitschaft des Schuldners muß sich selbstverständlich auf die ganze Leistung erstrecken[33]).

3. Schließlich wird noch ein Sicherheitserforderniß aufgestellt. Die thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners und die Verhinderung der Leistung durch den Gläubiger (namentlich wenn sie in reiner Passivität des letzteren oder in Abwesenheit, Ungewißheit über die Person des Gläubigers ꝛc. besteht) sind äußerlich oft kaum erkennbar, jeden=

---

28) Bezw. ein Dritter, soweit dieser gültig für ihn leisten kann und will. Vgl. o. § 154 Note 13.

29) Ist er früher nicht bereit gewesen, obschon er es hätte sein sollen, so kann dies unter Umständen bewirken, daß die jetzige Weigerung des Gläubigers zur Annahme gerechtfertigt ist. So in den Fällen §§ 159, 162 i. f. oben. Dann kommt er durch die Weigerung nicht in Verzug.

30) Soweit Realangebot des Schuldners (Ziff. 3) verlangt wird, zeigt sich die Leistungsfähigkeit dabei unmittelbar. Andernfalls kann der Gläubiger aus der mangelnden Leistungsbereitschaft einen Einwand gegen den behaupteten Verzug herleiten, und hat denselben nach § 297 BGB. zu beweisen.

31) In dessen Person oder Rechtskreis. Z. B. der Gläubiger stirbt oder erkrankt, sodaß er die Leistung nicht mehr gebrauchen kann. Sein Haus, in dem die Arbeit zu fertigen war, brennt ab u. s. w.

32) Dies habe ich schon in meinen Partiarischen Rechtsgeschäften (1897) S. 185 Note 8 vertheidigt. Gleichzeitig that es Kohler, Archiv S. 258. Zustimmend jetzt auch Enneccerus § 203 Note 1. A. M. Dernburg § 75 I Ziff. 2, § 305 II Ziff. 1b, Oertmann § 644 Note 3. Kann man, führt Ersterer aus, wenn die Leistung auf Unterrichtsertheilung ging und der Gläubiger stirbt, den Todten etwas lehren? Aber auf diese naturwissenschaftliche Frage kommt es nicht an. Der Schuldner ist hier geradeso leistungsbereit wie in anderen Fällen, da er z. B. dem inzwischen Gestorbenen blos einen Rock anzufertigen hatte. In beiden Fällen ist er gleich zu behandeln. Zufälligkeiten wie die obigen können nicht die eminente soziale Frage der Behandlung des Schuldners entscheiden, vor Allem ob er im gegenseitigen Vertrage seinen Dienst= oder Werklohn zu fordern hat oder nicht. Die Erben können nach §§ 626, 649 BGB. kündigen.

33) Also auch in Betreff des Orts (oben § 155), sowie hinsichtlich der Bereitwilligkeit des Schuldners, den etwa durch seinen früheren Leistungsverzug verursachten Schaden zu ersetzen. Denn dieser Schadensersatz gehört zum Inhalt der (durch die mora debitoris modifizirten) Obligation. Vgl. auch § 294 BGB. Alle Theilleistungen kann der Gläubiger mit Recht verweigern.

falls nicht mit Sicherheit in einem bestimmten Zeitpunkt hervortretende Momente, sodaß es nicht wohl anging, die Verzugswirkungen an sie allein anzuknüpfen. Es wird daher in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht[34]) ein Angebot der Leistung an den Gläubiger verlangt. Dieses Angebot muß regelmäßig ein thatsächliches, sog. Realangebot sein: d. h. der Schuldner[35]) hat den Erfüllungsakt von seiner Seite zu vollziehen[36]). Dazu gehört bei Schuldverhältnissen auf Geben die unmittelbare Darreichung des Leistungsgegenstandes[37]), bei solchen auf ein Handeln die präsente Leistungsbereitschaft des Schuldners[38]). § 294 BGB. Nur dann wird vom Erforderniß des thatsächlichen Angebots abgesehen, wenn letzteres als zwecklose Zeit- und Kraftverschwendung erscheint[39]). Das Gesetz begnügt sich daher

a) mit einem wörtlichen Angebot des Schuldners[40]), wenn der Gläubiger im Voraus erklärt hatte, nicht annehmen zu wollen[41]). Ebenso, wenn zur Bewirkung der Leistung Hülfshandlungen des Gläubigers erforderlich sind, ohne die der Schuldner doch nicht mit Erfolg thätig werden könnte[42]). In diesem Fall genügt (als An-

---

34) Motive Bd. 2 S. 70 ff.

35) Bezw. ein Dritter, der nach § 267 BGB. gültig für ihn leisten kann.

36) Er überläßt dann dem Gläubiger, die andere Hälfte hinzuzuthun. Mit Recht bemerkt Rosenberg S. 147 ff., daß der Schuldner um so mehr thun muß, je geringer die Mitwirkung des Gläubigers zur Leistung ist. Aber darum braucht man die alte Terminologie nicht aufzugeben. Jedenfalls wird an ihr gegenüber der Rosenberg'schen Unterscheidung eines „Angebots mit thatsächlicher und nur wörtlicher Leistungsbereitschaft" festzuhalten sein. Leistungsbereitschaft (und nicht blos wörtliche) ist nach § 297 immer zu verlangen. S. o. Ziff. 2.

37) Bei Bringschulden ist das Objekt dem Gläubiger wirklich zu bringen. Dabei darf das Angebot nicht zu unpassender Zeit und an unpassendem Ort geschehen. Vgl. o. § 142. — Bei Holschulden und sonst erforderlichen Hülfshandlungen des Gläubigers s. u. zu Note 40 ff.

38) Z. B. der Baumeister ꝛc. begibt sich mit seinen Arbeitern und Geräthschaften auf die Baustelle.

39) Wobei dann dem Gläubiger der Gegenbeweis der mangelnden thatsächlichen Leistungsbereitschaft des Schuldners (Ziff. 2) vorbehalten bleibt. S. § 297 BGB. und oben Note 30.

40) Hier nicht auch eines Dritten, der thatsächlich statt des Schuldners leisten könnte und dazu bereit ist.

41) Es wäre widersinnig und wirthschaftlich bedenklich, in solchem Fall den Schuldner zum Zwecke der Erlangung der Verzugsvortheile zu nöthigen, dem Gläubiger noch den Gegenstand zu bringen (Note 37) z. B. dafür Transportkosten aufzuwenden oder mit Gehülfen, Hacke und Schaufel zu einer Arbeit auszuziehen, von der der Gläubiger schon erklärt hat, daß er sie nicht machen lassen wolle.

42) Hauptfall ist, wenn der Gläubiger das Objekt abzuholen hat (diesen Fall erwähnt § 295 BGB. ausdrücklich). Andere Hülfshandlungen sind z. B. Bereitstellung der vom Schuldner zu bearbeitenden Sache, Erklärung der Wahl

gebot) auch die Aufforderung an den Gläubiger, die betreffende Hülfshandlung vorzunehmen, da beides im Leben nicht unterschieden wird[43]). § 295.

Das wörtliche Angebot resp. die Aufforderung zur Vornahme der Hülfshandlung wird nach Art der Mahnung[44]) behandelt. Die betreffende Erklärung muß daher dem Gläubiger zugehen[45]). Ja es ist

b) gar kein Angebot bezw. nicht einmal eine wörtliche Aufforderung zur Vornahme der Hülfshandlung[46]) erforderlich, wenn für die letztere eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war[47]) und die Handlung bis zu diesem Termine unterblieb. Das Gleiche gilt, wenn die Hülfshandlung kalendermäßig nach der von einem Theile vorgenommenen Kündigung des Schuldverhältnisses erfolgen sollte[48]). § 296 BGB.[49]) Eine derartig feste Zeitbestimmung für die Hülfshandlung zeigt an, daß sie nach Inhalt des Schuldverhältnisses prompt erfolgen soll. Eine nochmalige Erinnerung erscheint überflüssig. Der Gläubiger kommt mit Verstreichen des Zeitraums sofort in Verzug[50]).

4. Der einfachen Nichtannahme des Gläubigers steht, wie hervorgehoben, auch der Fall gleich, wenn er zwar das Geschuldete empfangen nicht aber dagegen leisten will, wozu er seinerseits verpflichtet ist. Dies trifft alle Zug- um Zugleistungen[51]), und um

---

bei der Wahlschuld (dem Schuldner ist nicht zuzumuthen, die mehreren Leistungsobjekte sämmtlich dem Gläubiger thatsächlich anzubieten). S. o. § 153 Note 35. Oder der Gläubiger soll die zuzusendende Waare noch aus verschiedenen Sorten aussuchen u. dgl.

43) Uebrigens hat der Schuldner regelmäßig seine Leistung (z. B. die abzuholenden Waaren) bereit zu halten. S. o. Ziff. 2. Detail bei Schollmeyer §§ 295 ff. lit. b.

44) S. o. § 161 Ziff. 3. Trotz der Verschiedenheit des Inhalts und der übrigen Voraussetzungen bestimmte dazu der äußere Parallelismus des Leistungs- und Annahmeverzuges. Was dem Einen recht, sollte dem Anderen billig sein. S. Motive Bd. 2 S. 71.

45) Empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88. Ist der Gläubiger nicht aufzufinden oder ohne Verschulden des Schuldners nicht mit Sicherheit zu ermitteln, so kann letzterer das Angebot nach § 132 BGB. öffentlich zustellen lassen.

46) In dieser Hinsicht wird die Hülfshandlung des Gläubigers ähnlich wie eine geschuldete Leistung (s. o. § 161 Note 31 ff.) behandelt.

47) Kalendermäßige Bezeichnung wird auch hier nicht verlangt. § 161 Note 32 findet Anwendung.

48) Entsprechend oben § 161 Note 34.

49) Die Regelung entspricht also dem Satze: dies interpellat pro homine beim Leistungsverzuge. Uebrigens enthält § 297 BGB. nur eine dispositive Rechtsvorschrift.

50) Wobei das oben Note 43 Gesagte auch hier zu beachten ist. — Nachdem die Hülfshandlung vorgenommen ist, kann der Gläubiger nur wieder nach den gewöhnlichen Vorschriften in Verzug kommen.

51) S. o. bei Note 17. Z. B. bei gegenseitigen Verträgen und Zug- um

so mehr die Fälle, in denen der Empfänger vorzuleisten hat[52]). Gleichwohl verlangt das Gesetz auch hier zum Eintritt des Annahmeverzugs besondere Erklärungen. Nämlich zunächst, daß der nichtsäumige Theil die Gegenleistung verlangt[53]). Thut er dies, so hängt der Verzug davon ab, ob der andere Theil die Gegenleistung nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze anbietet oder nicht[54]).

III. Durch das Verlangen des Angebots wird das Gebiet des Annahmeverzuges positiv eingeschränkt: was man sich klar machen muß, um verwandte Erscheinungen richtig zu würdigen. Wo nach der Sachlage kein Angebot möglich ist (z. B. weil über die Person des Gläubigers Ungewißheit besteht und das Gericht die öffentliche Zustellung des Angebots[55]) verweigert), da gibt es auch keinen Verzug, und die Verzugsfolgen treten nicht ein. Dies geht auch aus § 372 BGB. deutlich hervor, wo Fälle wie der eben erwähnte vom Annahmeverzug unterschieden und ihretwegen nur das Hinterlegungsrecht gewährt wird. Das heißt aber nicht, daß nicht auch hier der Schuldner vielfach das Angebot durchsetzen und sich dadurch die vollen Verzugswirkungen sichern könnte[56]).

§ 164.

2. Wirkungen des Annahmeverzuges.

Die Wirkungen des Annahmeverzuges lassen sich auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückführen, daß durch das Verhalten des Gläubigers die Stellung des Schuldners nicht erschwert werden

---

Zugleistungen anderer Art. Vgl. §§ 320, 368, 371, 601, 670, 693, 699, 797 2c. BGB.

52) D. h. wo er vor dem Empfang der Gegenleistung selbst zu leisten hat. Z. B. der Miethzins ist regelmäßig postnumerando zu zahlen, der Vermiether hat vorzuleisten.

53) Dies kann beim Angebot der eigenen Leistung geschehen; aber auch für sich (z. B. wenn kein Angebot erforderlich war). Nur Annahme-, nicht Leistungsverzug des Gegners steht in Frage. (Ueber letzteren s. o. bei Note 16 ff.).

54) Also je nachdem mündlich oder (meist) sofort thatsächlich, da die Leistungen ausgetauscht werden sollen.

55) S. § 132 BGB. in Verbindung mit §§ 204 ff. CPO. und oben Note 45. Aus § 294 BGB. ergibt sich kein Hinderniß. Denn wir haben gesehen (oben Note 12), daß die Legitimation des Gläubigers eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Hülfshandlung ist, in deren Ermangelung also die Nothwendigkeit des Realangebots entfällt. Vgl. Note 42.

56) S. auch Kohler, Archiv S. 191 ff. Es ist doch wohl der Gipfel des auf der Gläubigerseite vorliegenden Annahmehindernisses, wenn einstweilen überhaupt kein bestimmter Gläubiger vorhanden ist. Sobald dem Erforderniß des Angebots genügt ist, liegt hier Annahmeverzug vor, da es dabei auf ein Verschulden des Gläubigers ja nicht ankommt. Ueber die Möglichkeit des wörtlichen Angebots s. die vorige Note.

soll. Dies würde aber der Fall sein, wenn der Schuldner[1]) in alter Weise weiter haftete, — den Schuldgegenstand aufbewahren und die Mehraufwendungen tragen müßte, die das fruchtlose Angebot, die Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes erfordert. Ebensowenig dürfen den Schuldner die Nachtheile treffen, welche nach Inhalt des Schuldverhältnisses (kraft Parteibestimmung oder gesetzlich) an die Nichterfüllung geknüpft sind.

1. Aus dem letzteren Grunde verfällt z. B. nicht die für die Nichtleistung bedungene Vertragsstrafe[2]); der Gläubiger kann wegen der Nichterfüllung nicht vom Vertrage zurücktreten[3]). Der Gläubiger behält zwar seinen Anspruch gegen den Schuldner, hat aber nicht das Recht des Pfandverkaufs[4]). Der Vermiether, welcher den Miethzins nicht angenommen hat, kann den Auszug des Miethers mitsammt den eingebrachten Sachen nicht verhindern[5]). Die Versicherung erlischt nicht, wenn es am Versicherer liegt, daß die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt wurde[6]). Eine Mahnung des Gläubigers setzt den Schuldner nicht in Leistungsverzug[7]) ꝛc.[8])

2. Im Uebrigen tritt eine Verminderung der Haftung des Schuldners für die Leistung ein. Diese bildet ein Gegenstück zu der Verschärfung der Haftung beim Schuldnerverzug[9]). Der Schuldner hat in Zukunft nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu ver-

1) Der sich durch Leistung an den Gläubiger nicht befreien kann.

2) Dies läßt sich auch aus § 339 BGB. belegen. Denn der Schuldnerverzug wird durch den Annahmeverzug des Gläubigers ausgeschlossen. S. schon l. 23 § 3 Dig. de recept. 4, 8; l. 9 § 1 Dig. de usur. 22, 1 und unten § 165.

3) Arg. § 326 BGB. S. die vorige Note. Aber auch beim bedungenen Rücktrittsrecht (§§ 346 ff.) muß nach richtiger Auslegung dasselbe gelten. Vgl. schon l. 4 § 4, l. 6 Dig. de lege comm. 18, 3; l. 51 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1. S. zum Folgenden auch Rosenberg a. a. O. S. 275 ff., 288 ff.

4) Dagegen kann Rückgabe des Faustpfands nur gegen wirkliche Befriedigung des Gläubigers oder Hinterlegung verlangt werden (weil dadurch das Pfandrecht erlischt). §§ 1223, 1224 BGB.

5) S. schon l. 1 pr. Dig. de migrando 43, 32. Sollte der Miether, um auszuziehen, stets zur Hinterlegung des Miethpreises gezwungen sein? Die Illaten werden ihm nicht vom Vermiether „zurückgegeben". Also Note 4 steht nicht entgegen.

6) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 196.

7) Dies auch schon deshalb nicht, weil die Nichterfüllung hier nicht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht. — Im Uebrigen s. den folgenden Paragraphen. Der Gläubiger kann seine Annahmebereitschaft erklären und dadurch seine mora purgiren

8) Ueber den Einfluß des Annahmeverzugs auf die Verpflichtung zur Gegenleistung in gegenseitigen Verträgen s. u. § 169 zu Note 23, § 170 I Ziff. 2b u. unten Note 11.

9) S. o. § 162 Ziff. 2 u. 3.

treten[10]). § 300 Abs. 1. Daraus folgt ohne Weiteres, daß die Gefahr der Leistung bei individuellen Gegenständen mit dem Annahmeverzug auf den Gläubiger übergeht[11]). Bei Gattungsschulden verlangt das Gesetz für den Gefahrübergang Angebot einer speziellen (also aus der Gattung ausgeschiedenen resp. von ihr getrennt gehaltenen) Sache[12]). § 300 Abs. 2 BGB.[13]).

3. Auch der Umfang der Leistungspflicht des Schuldners wird von jetzt ab billig beschränkt. So hat derselbe

a) von einer verzinslichen Geldschuld nicht weiter Zinsen zu entrichten. § 301. Das Gesetz nimmt an, daß die thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners[14]) Flüssigmachung der Gelder und damit für den Schuldner selbst den entsprechenden Zinsverlust involviert.

b) Ebenso beschränkt sich bei anderen Schulden, soweit der Verpflichtete Nutzungen eines Gegenstandes zu leisten hat[15]), die Haftung fortan auf die vom Schuldner wirklich gezogenen Nutzungen. § 302.

4. Dagegen kann von einer eigentlichen Schadensersatzpflicht des Gläubigers beim Annahmeverzuge nicht die Rede sein[16]). Die Billigkeit verlangt nur, daß der Gläubiger dem Schuldner die Mehraufwendungen vergütet, die der Annahmeverzug zur Folge hatte,

---

10) Ebenso bei seinen gesetzlichen Vertretern und Gehülfen. S. o. § 157.

11) Dies ist besonders bei gegenseitigen Verträgen wichtig. Ist die geschuldete Sache durch Zufall untergegangen, so muß gleichwohl die Gegenleistung bewirkt werden. S. § 324 Abs. 2 BGB. und unten § 170.

12) Anders, soweit die ganze Gattung, aus der zu leisten war, untergegangen ist. Diese Ausnahme versteht sich von selbst, da die Vorschrift des § 300 Abs. 2 auf dem bekannten Satze genus non perit beruht. S. o. § 147 Noten 29 u. 34.

13) Also auch in den Fällen, in denen sonst kein Angebot dieser Art erforderlich ist. Denn die Eigenschaft der Gattungsschuld schiebt die Gefahr vor der Konzentration des Schuldverhältnisses auf einen bestimmten Gegenstand stets wieder dem Schuldner zu. — Ist der Bedingung des Textes genügt, so bewendet es weiter bei der Zulässigkeit eines blos mündlichen Angebots, wo letzteres nach § 163 ausreicht (z. B. bei Holschulden). S. auch Dernburg § 76 II Ziff. 2 und die meisten Kommentatoren zu § 300. Vgl. schon aus dem röm. Recht l. 5 Dig. de peric. 18, 6; l. 72 pr. Dig. de sol. 46, 3.

14) S. o. § 163 II Ziff. 2. Anders im röm. und preuß. Recht für vertragsmäßige Zinsen. Vgl. l. 9, 19 Cod. de usuris 4, 32. Rosenberg S. 286 ff.

15) Herauszugeben (s. z. B. §§ 667, 987 BGB.) oder zu ersetzen! Vertraglich oder gesetzlich! — Also es hört auf die Verpflichtung zur Erstattung der gewinnbaren Nutzungen. S. o. Bd. I § 69 Note 21. Daraus folgt z. B., daß wenn der Verpächter nach Beendigung der Pacht den Gegenstand nicht rechtzeitig zurücknimmt, der Pächter nicht für weitere Fruchtziehung zu sorgen hat.

16) Im Gegensatz zu § 162 Ziff. 1 oben. Grund ist, daß keine Pflichtverletzung des Gläubigers vorliegt. Rosenberg S. 291 ff.

z. B. die Kosten des Angebots, der weiteren Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes. § 304[17]).

5. Die wichtigste Rechtsfolge des Gläubigerverzugs ist endlich, daß dem Schuldner ein Mittel gegeben wird, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers von seiner Verpflichtung zu befreien.

a) Das ältere Recht[18]) gestattete dem Schuldner nach Verwarnung des Gläubigers einfach die Preisgabe der geschuldeten Sache. Doch ist dies bei beweglichen Sachen roh und unwirthschaftlich[19]): nach unserem Gesetz tritt sie nur noch bei Grundstücken ein. Hier ist sie zugelassen in dem Sinne, daß der Schuldner nach Eintritt des Annahmeverzuges den Besitz des Grundstücks aufgeben darf[20]). § 303 BGB. Darin liegt, daß er es nicht weiter zu beaufsichtigen und zu bewirthschaften[21]) braucht. Eine völlige Aufgabe des Grundstücks (Eigenthumsaufgabe) ist damit nach unserem Grundbuchsystem nicht verbunden[22]): eine solche ist auch dem Schuldner nicht gestattet. Er bleibt also gegebenenfalls zur Auflassung (§ 925 BGB.) des Grundstücks verpflichtet, während der Gläubiger den aufgegebenen Besitz sich selber verschaffen mag.

Uebrigens muß das Aufgeben dem Gläubiger vorher angedroht werden[23]); es sei denn, daß der Schuldner die Unthunlichkeit[24]) der Androhung nachweist. Sonst tritt die Erleichterung nicht ein[25]).

b) Bei beweglichen Sachen hat das moderne Recht an Stelle der Preisgabe die Hinterlegung oder den Selbsthülfeverkauf mit nachfolgender Hinterlegung des Erlöses gesetzt. Vgl. §§ 372, 383 ff. BGB., § 373 HGB. Hierdurch entschlägt sich der Schuldner des Leistungs-

17) Mit Zinsen. § 256 BGB. Wegen dieses Anspruchs hat der Schuldner auch ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) und kommt folglich selbst bis zur Befriedigung dieses Anspruchs nicht in Verzug. Dernburg § 77 Note 4.

18) Vgl. aus dem röm. Recht l. 1 §§ 3 ff. Dig de peric. 18, 6; l. 8 Dig. de trit. 33, 6 und die zahlreichen bei Kohler, Jahrb. S. 292 ff., Archiv S. 201 ff. angegebenen Stellen aus deutschen Rechtsquellen. Rosenberg S. 213 ff.

19) Hier kommt die Preisgabe der Vernichtung oder dem Verlust der Sache praktisch gleich.

20) Nicht auch zugleich des beweglichen Zubehörs.

21) In Ansehung der Nutzungeu kommt dies schon mit dem oben Note 15 Gesagten überein. Der Schuldner braucht aber auch z. B. nicht weiter für Reparaturen zu sorgen. Er haftet nur noch wie ein Dritter für Beschädigung.

22) Sie würde sich im Wege des § 928 BGB. vollziehen. S. das Sachenrecht.

23) Empfangsbedürftige Erklärung. S. o. Bd. I § 88.

24) Nicht die Unmöglichkeit. Es genügt, daß nach den Umständen des Falles die Androhung billigerweise vom Schuldner nicht erwartet werden kann. S. Planck zu § 303 Note 2.

25) Im Gegentheil, der Schuldner würde sich durch die Besitzaufgabe verantwortlich machen.

gegenstandes, ohne daß dieser dem Gläubiger wirthschaftlich verloren geht, und überläßt es ihm, den Annahmeakt hinzuzuthun. Davon wird näher beim Erlöschen der Schuldverhältnisse die Rede sein[26]).

F. Beendigung der Säumnißfolgen.

§ 165.

I. Die Folgen der Rechtshängigkeit der Forderung[1]) erlöschen (und zwar mit rückwirkender Kraft), wenn die Klage zurückgenommen wird. § 271 Abs. 3 CPO. Aehnlich, wenn sie durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes rechtskräftiges Urtheil abgewiesen wird[2]). Arg. § 212 Abs. 1 BGB.

II. Dagegen tritt eine Aufhebung der Verzugsfolgen regelmäßig nur für die Zukunft ein[3]). Die Beendigung der Säumniß hat hier nur den Sinn, daß die bisherigen Hindernisse der Leistung beseitigt, nicht aber daß sie ungeschehen zu machen sind. Zur geschuldeten Leistung gehört jetzt alles resp. nur dasjenige[4]), was der Gegner in Folge der eingetretenen Versäumniß verlangen kann. In dieser Weise endigt

1. der Verzug des Schuldners[5]) dadurch, daß dieser die Leistung nachholt[6]), einschließlich der Steigerung, welche sie durch den Verzug erfuhr. Erfordert die Leistung eine gewisse Zeit, so endigt der Schuldnerverzug unter Umständen schon mit Beginn der Leistung[7]). Soll Gläubiger nach Inhalt des Schuldverhältnisses die Leistung ab=

---

26) S. u. §§ 189 ff. Die Hinterlegung 2c. als Aufhebungsgrund der Schuldverhältnisse beschränkt sich nicht auf den Fall des Annahmeverzuges.

1) Erster Hauptfall der rechtlich relevanten Versäumnisse. S. o. § 160.

2) Spräche das Urtheil dem Kläger die Forderung selbst ab, so fehlte es selbstverständlich überhaupt an einer Säumniß.

3) Abgesehen von besonderen Abmachungen der Parteien. Vorbehaltlich dieser sind überhaupt alle nachfolgenden Erörterungen zu verstehen. Umgekehrt ist (sowenig wie anderwärts) hier Anlaß, über Alles zu reden, was die Parteien möglicherweise vereinbaren können: z. B. ob eine vom Schuldner ohne Berücksichtigung der entstandenen Verzugsfolgen bewirkte und angenommene Leistung als ein Verzicht auf die letzteren anzusehen sei. Es entscheiden die allgemeinen Regeln der Auslegung.

4) Z. B. die ursprüngliche Leistung nebst Verzugszinsen, Schadensersatz, oder Leistung, abzüglich der während der Zeit der Nichtannahme im Rahmen des § 300 BGB. zu Grunde gegangenen Partieen u. s. w.

5) Oben §§ 161 ff.

6) Soweit sie noch möglich ist oder die Erfüllung nicht vom Gläubiger (z. B. wegen mangelnden Interesses) zurückgewiesen werden darf. Andernfalls tritt der Ersatz ganz an Stelle des Versäumten. S. o. § 162.

7) Vorausgesetzt, daß sie alsdann ordnungsmäßig vollendet wird oder der Gläubiger nachträglich in Annahmeverzug geräth. S. darüber unten Ziff. III.

holen oder sind andere Hülfshandlungen von seiner Seite erforderlich, so ist mindestens wörtliches Angebot der Leistung und thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners zu verlangen[8]).

Der Schuldnerverzug endet auch durch eine nachträgliche Hinausschiebung der Leistungszeit seitens des Gläubigers (Stundung). Ob sie die Verzugsfolgen auch für die Vergangenheit tilgen soll, ist Thatfrage[9]). Wird an Stelle der ursprünglichen Schuld etwas anderes versprochen[10]), so steht dies in vorliegender Beziehung der Erfüllung gleich[11]).

Selbstverständlich endigt der Schuldnerverzug auch durch anderweitige Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners[12]).

2. Der Gläubigerverzug[13]) endigt durch Erklärung der Bereitwilligkeit des Gläubigers, die Leistung anzunehmen und alles dasjenige zu thun, was dazu von seiner Seite erforderlich ist[14]). Ferner dem Schuldner die Aufwendungen zu ersetzen, deren Erstattung dieser verlangen kann[15]). Hat der Schuldner die Leistung zu bringen, oder sind vorgängige Hülfshandlungen des Gläubigers erforderlich, so hat letzterer mindestens seinen Annahmewillen dem Schuldner zu erklären, und soweit er seinerseits etwas zu leisten hat, die Leistung anzubieten[16]).

Ebenso endigt der Gläubigerverzug durch Vereinbarung der Parteien über eine Hinausschiebung der Leistungszeit und durch sonstige Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners[17]).

III. Die Beendigung des Verzugs durch Nachholung des Versäumten kann nun bewirken, daß der Gegner seinerseits in Verzug geräth[18]). Z. B. der Gläubiger weigert sich ohne Grund, die versäumte

---

8) Arg. § 295 BGB. u. unten Ziff. III. S. auch Dernburg § 73 nach Note 2.

9) S. o. Note 3. — Ueber Stundung s. auch oben § 156 Ziff. V.

10) Z. B. durch promissio in solutum (s. u. § 187), Novation, Hingabe eines Wechsels u. dgl.

11) Also hat verzugstilgende Wirkung. Im Uebrigen s. o. Note 3.

12) Die entstandenen Verzugsfolgen bleiben bestehen. Enneccerus § 201 i. f. Jedoch kann bei gegenseitigen Verträgen der nichtsäumige Theil auf Grund des Verzugs auch einfach vom Vertrage zurücktreten. S. § 326 BGB. und unten das Vertragsrecht.

13) S. o. §§ 163 ff. Rosenberg S. 296 ff.

14) Also die nothwendigen Hülfshandlungen zu vollziehen und etwaige ihm obliegende Gegenleistungen (Zug- um Zug- oder Vorleistungen) zu bewirken.

15) § 304 BGB. S. o. § 164 Note 17. — Bis dahin liegt es immer noch am Gläubiger, daß die Leistung nicht erfolgt.

16) Empfangsbedürftige Erklärung. S. o. Bd. I § 88.

17) Nach Art des Leistungsverzuges. S. o.

18) Z. B. als Schuldner in Leistungs-, als Gläubiger in Annahme- oder je nachdem er auch verpflichtet ist, sogar in Leistungsverzug. S. o. § 163 Note 15 ff.

und nunmehr mit allen Zuthaten angebotene Leistung anzunehmen[19]). Oder auf Erklärung der Empfangsbereitschaft des Gläubigers[20]) verzögert nunmehr der Schuldner in verantwortlicher Weise die Leistung. Hier kann der Gläubiger den Schuldner in Leistungsverzug versetzen[21]). — Die auf Grund des successiven Verzugs eintretenden wechselseitigen Ansprüche[22]) sind bei der schließlichen Leistung zu verrechnen.

IV. Dagegen ist ein gleichzeitiger Verzug auf Seiten des Gläubigers und Schuldners unmöglich.

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

I. Von den Schuldverträgen.

§ 166.

A. Allgemeine Erfordernisse.

Die Begründung von Schuldverhältnissen geschieht vorzugsweise durch Verträge[1]), welche wir Schuldverträge nennen. Dieselben unterstehen den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts[2]) und können meist formlos geschlossen werden[3]). Ihr Inhalt geht auf die Be=

19) Es ist ein den Voraussetzungen des § 163 oben entsprechendes Angebot erforderlich, welches die gesammte Verzugsfolge umfassen muß.

20) Und eventuelles Angebot dessen, was er selbst zu leisten hat.

21) Nach § 161 oben. Er muß ihn also

a) regelmäßig mahnen; man müßte denn in der Bereitwilligkeitserklärung des Gläubigers, die seine eigene mora purgirt, zugleich schon eine Mahnung finden. Dies wird regelmäßig nicht angehen. (Es ist davon auszugehen, daß die Mahnung Säumniß des Schuldners voraussetzt, und diese war beim Verzug des Gläubigers eben nicht vorhanden.) Anderseits muß dem Schuldner, der durch die Bereitwilligkeitserklärung überrascht wird, nach Analogie des § 299 BGB. ein modicum tempus für die Leistung gewährt werden. Dafür auch Dernburg § 77 i. f.

b) Weiter muß die Verzögerung der Leistung auf Gründen beruhen, die der Schuldner nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten hat.

22) Dabei ist zu beachten, daß nach der Aufhebung des Gläubigerverzuges die Ermäßigung der schuldnerischen Haftung wieder aufhört, soweit es sich um Umstände handelt, die nicht in der mora creditoris eingetreten sind.

1) S. o. I. Kapitel § 143.

2) Bd. I §§ 74, 80, 83 ff.

3) Im Recht der Schuldverhältnisse herrscht prinzipiell Formfreiheit — im Einklang mit dem ehemaligen gemeinen und franz., im Gegensatz zum preuß. Recht. S. schon oben Bd. I §§ 79, 87 besonders Note 2 und § 143.

gründung einer Verpflichtung des Vertragsschließenden[4]) zu einer Leistung im obigen Sinne[5]).

Aus diesem Inhalt ergeben sich einige Haupterfordernisse der Schuldverträge.

I. Die übernommene Leistung muß möglich sein[6]). D. h.

1. es darf nicht im Augenblicke des Vertragsschlusses gewiß sein, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wann sie geschehen soll[7]). Eine solche Unmöglichkeit macht den Vertrag nichtig[8]). § 306 BGB. Daran wird nichts geändert durch den Umstand, daß die Leistung später noch möglich wird[9]); es sei denn, daß sie geradezu unter der Bedingung ihrer demnächstigen Möglichkeit versprochen war[10]). Dem wird der Fall gleichgestellt, wenn die Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins[11]) versprochen war und die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termines behoben wird[12]). § 308. Selbstredend kann auch wirksam versprochen werden, für eine übernommene Leistung aufzukommen, selbst wenn diese sich hinterher (aus irgend einem Grunde) als unmöglich herausstellt. Eine derartige Uebereinkunft gehört zu den sog. Garantieverträgen[13]). Hier haftet der Schuldner aus dem Garantieversprechen auf das Erfüllungsinteresse[14]). —

Auch an den nichtigen Vertrag können sich Rechtsfolgen anschließen.

4) Oder beider Vertragsschließenden. Ueber die gegenseitigen Schuldverträge s. u. §§ 167 Ziff. I u. 168 ff.

5) S. o. §§ 138, 144.

6) S. die oben § 145 Note 3 Citirten.

7) Sog. ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung. Vgl. Kleineidam S. 20 ff.; Titze S. 211. — Wegen nachträglicher Unmöglichkeit s. §§ 158, 170.

8) Bei theilweiser Unmöglichkeit tritt der Effekt nur für den unmöglichen Theil ein. S. o. § 145 Ziff. 1c.

9) Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. S. Bd. I § 81. S. im Uebrigen Schollmeyer § 308 Note 2.

10) Diese Bedingung ist wie jede andere aufschiebende Bedingung zulässig.

11) Das Gesetz geht davon aus, daß es dem Parteiwillen auch in diesen Fällen entspricht, wenn die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der rechtlichen Wirkung des Vertrags gehoben ist. Da den befristeten regelmäßig die nicht fälligen Forderungsrechte gleichstehen (s. o. Bd. I § 102 Note 8), ist der Gedanke dann auch entsprechend auf die letzteren zu übertragen. A. M. Schollmeyer Note 2. Der scheinbare Widerspruch mit Note 9 rechtfertigt sich aus der Parteiabsicht. Dagegen darf die Möglichkeit nicht erst nach Fälligkeit der Forderung eintreten. — Eine gegentheilige Parteifestsetzung ist zulässig, muß aber von dem bewiesen werden, der sie behauptet.

12) Spätestens beim Eintritt genügt. Schollmeyer a. a. O.

13) S. u. § 300. Kleineidam S. 44; Titze S. 212 ff., 223 Note 18.

14) Nicht blos, wie unten, auf das negative Vertragsinteresse.

Wenn bei der Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages nur der eine Theil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte[15]), so haftet er dem anderen für den Schaden, den dieser durch sein Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags erleidet: also auf das sog. negative Vertragsinteresse[16]), jedoch nicht über den Betrag des Erfüllungsinteresses hinaus[17]). § 307 Abs. 1[18]). Ist die Unmöglichkeit nur eine theilweise und der mögliche Theil des Vertrags, als wesentlicher[19]), gültig, so ist dieser Ersatz nur für den Rest zu leisten[20]). Abs. 2[21]).

2. Vom bloßen Unvermögen des Schuldners spricht das Gesetz an dieser Stelle nicht; schon weil es als ein schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegendes selten mit Sicherheit erkennbar ist[22]). Bei Gattungsschulden ist der Mangel an Leistungsmitteln schon nach § 279 BGB. zu vertreten: der Vertrag also gültig[23]). Bei anderen Schulden muß dasselbe angenommen werden[24]), wenn der Schuldner nach Verkehrsgrundsätzen unbedingt dafür einzustehen hat, daß er die übernommene Leistung zu bewirken im Stande ist. Dann haftet er auf das Erfüllungsinteresse[25]).

---

15) Letzteres ist Fahrlässigkeit. Z. B. Nichtbeachtung der brieflichen Nachricht über den Untergang der zu verkaufenden Sache. S. o. Bd. I § 109. Auf Seiten des Beschädigten s. eod. § 111 Ziff. 2. — Im Fall der Schenkung muß die Unkenntniß des Schenkers anf grober Fahrlässigkeit beruhen. § 521 BGB.

16) S. o. § 151 Bd. II Ziff. 1a zu Note 25 ff. Kleineidam S. 36 ff., Titze S. 225. Dasselbe beruht hier auf Verschulden des anderen Theils (der sog. culpa in contrahendo). — Beruht der Vertragsschluß auf arglistiger Täuschung, so kann das volle Erfüllungsinteresse begehrt werden. S. o. Bd. I § 95.

17) Der Geschädigte soll nicht mehr erhalten, wie wenn der Vertrag gültig, aber vom anderen Theile nicht erfüllt wäre. Vgl. o. Bd. I § 92 Ziff. 3.

18) Der Geschädigte hat das Verschulden seines Gegners und seinen Schaden zu beweisen; der Gegner seine etwaige Befreiung.

19) S. o. Bd. I § 80 zu Note 19. Z. B. ein Theil des verkauften Terrains ist verkehrslos, weil eine Straße hindurchgeht.

20) Selbstredend kann dies auch je nachdem den ganzen Werth darstellen, weil das getäuschte Vertrauen auf die Gültigkeit des ganzen Vertrags durch das Zustandekommen eines Theiles nicht gedeckt wird. Titze S. 231.

21) Wegen Wahlschulden s. o. § 153 Note 52 und Titze S. 223, 231 ff.

22) Deutlich hervortreten würde es z. B., wenn die verkaufte Sache einem Dritten gestohlen oder zu Gunsten eines Dritten patentirt war. Vgl. im Uebrigen Kleineidam S. 45 ff.; Titze S. 247.

23) S. o. § 158 Note 12 ff.

24) Im Gegensatz zum franz. Recht, Art. 1599 Code Napoléon.

25) Dasselbe läßt sich auch aus dem oben § 159 Ziff. II Gesagten ableiten. Danach darf der Gläubiger nach Maßgabe des § 283 BGB. unter Ignorirung der Unfähigkeit des Schuldners auf die Leistung klagen und darauf ein Urtheil erwirken, wenn der Verpflichtete sich nicht entschuldigt. Auf Grund des Urtheils kann er dann in der Vollstreckungsinstanz auf das Erfüllungsinteresse übergehen. Fraglich kann nur sein, ob der Gläubiger gezwungen

II. Die übernommene Leistung muß erlaubt sein. Abgesehen von den allgemeinen Vorschriften über Erlaubtheit der Verträge (Bd. I § 85) kommt hier Folgendes in Betracht.

1. Leistungen, die das Gesetz verhindern will, sind rechtlich unmöglich. Wenn folglich der eine Theil, und nicht der andere, die Unerlaubtheit kannte oder kennen mußte, so schuldet er (trotz der Nichtigkeit des Vertrags) dem anderen Theile das negative Vertragsinteresse. § 309 BGB. — Zulässig ist wiederum, den Vertrag über eine zur Zeit unerlaubte Leistung für den Fall zu schließen, daß sie demnächst erlaubt sei[26]). Und beim Versprechen unter einer anderweitigen Bedingung oder Zeitbestimmung[27]) wird entsprechend auf die Erlaubtheit zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termines gesehen[28]). § 309 (jcto § 308) BGB.

2. Sodann gibt das Gesetz besondere Vorschriften über die Erlaubtheit einzelner Schuldverträge[29]). Sie werden zum Theil verboten, theils im Interesse der Verkehrssicherheit an die Beobachtung bestimmter Formen geknüpft[30]). So ist

a) ein Vertrag nichtig, durch den sich Jemand einem Anderen zur Uebertragung seines ganzen oder eines Bruchtheils seines zukünftigen Vermögens verpflichtet oder ihm den Nießbrauch daran einzuräumen verspricht (§ 310 BGB). Der Grund ist, daß er sich damit seiner Erwerbfähigkeit für die Zukunft (ganz oder zum Theil) begeben

---

sein soll, den Umweg des § 283 BGB. zu beschreiten, oder ob er sofort, nachdem sich das Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat, auf das Erfüllungsinteresse klagen kann. Das erstere wäre nur ein sinnloser Schnörkel. Für letzteres spricht außerdem die Analogie. Wenn nach dem oben § 159 Gesagten, oder wenn im Falle des § 286 Abs. 2 BGB. eine Leistung, die für den Gläubiger jedes Interesse verloren hat, nicht mehr eingefordert zu werden braucht, vielmehr sofort das Interesse verlangt werden kann, um wie viel mehr hier, wenn feststeht, daß die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird. Die deutsche Praxis wird dann nicht noch darauf verurtheilen! S. auch Dernburg § 61 Ziff. II.

26) Z. B. über Waaren, deren Einfuhr in's Inland zur Zeit verboten ist, für den Fall der erhofften Aufhebung des Verbots.

27) Späterer Fälligkeit. S. o. Note 11.

28) Entsprechend dem oben Note 11 Gesagten.

29) Vgl. hierzu Dernburg § 80; Endemann §§ 102, 104; Cosack § 82 II, § 101; Mathiaß I § 85 II; Enneccerus I §§ 177, 180. — Es ist verwirrend, hier Bestimmungen einzuflechten, die blos für einzelne Schuldverhältnisse (unten §§ 210ff.) gegeben sind (z. B. über das Erforderniß der Schenkungsform, des schriftlichen Bürgschaftsversprechens u. s. w.). Hier ist nur das allgemeine Vertragsrecht zu behandeln (d. i. das Recht der Schuldverträge überhaupt bezw. der contractus innominati im oben § 143 Ziff. 1 entwickelten Sinne).

30) Zum Zwecke der Gültigkeit (nicht blos der Beweisbarkeit). S. o. Bd. I § 87.

und damit in seiner Persönlichkeit negiren würde[31]). Dagegen ist ein Vertrag mit gleichem Inhalt über das gegenwärtige Vermögen erlaubt. Dies ist nur eine Kollektivbezeichnung für die einzelnen Rechte. Nur wird wegen der wirthschaftlich großen Tragweite des Geschäfts gerichtliche oder notarielle Beurkundung[32]) verlangt. § 311[33]).

b) Nichtig ist auch der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten — sogar unter dessen Zustimmung[34]). Das Gleiche gilt, wenn die Vereinbarung sich auf den Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus einem solchen Nachlasse beschränkt. Vereinbarungen unter künftigen gesetzlichen Erben über gesetzliche Erb- und Pflichttheile werden jedoch von dieser Vorschrift nicht berührt. Doch ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages erforderlich[35]). § 312. Dieser Vertrag kommt — namentlich gegen ein sofort zahlbares Entgelt — häufig vor (Abfindung unter Geschwistern). Einwilligung des Erblassers ist nicht erforderlich[36]).

c) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird schließ-

---

31) Vgl. o. Bd. I § 31 Ziff. 2. — Das Geschäft ist in jeder Version unerlaubt, z. B. auch so, daß mehrere Personen sich verpflichten, ihr zukünftiges Vermögen in eine Gesellschaft einzuwerfen (societas omnium bonorum). Eine erlangte Gegenleistung ist gleichgültig. — Ehegüterrechtliche Verträge (§§ 1432, 1438 ff.) sind (nach dem Wesen der Ehe) auch mit dem hier besprochenen Inhalt erlaubt. Sie sind keine Schuldverträge. Ebensowenig Erbverträge, die daher auch von der Bestimmung nicht getroffen werden.

32) Ueber die einzelnen Formen s. o. Bd. I § 87. Nach Ziff. 3c ist danach gleichzeitige Beurkundung des Antrags und der Annahme in einem und demselben Akte nicht erforderlich. — Inwiefern dem Vertrage materielle Schranken gesetzt sind (z. B. durch das Verbot der Verletzung des Pflichttheilsrechts), ist eine andere Frage.

33) Die meisten Schriftsteller betonen, daß dieser Vertrag keine Universalsuccession begründe (vgl. o. Bd. I § 31 Note 8). Inwiefern die Uebernahme einer Verpflichtung zur Uebertragung überhaupt eine Succession erzeugen soll, ist mir unerfindlich. S. o. Bd. I § 74 II Ziff. 3.

34) Ueber den ganzen Nachlaß oder eine Quote. — Die pacta de hereditate tertii sind seit jeher unerlaubt gewesen. Doch bestand keine Uebereinstimmung, wenn der Dritte dem Vertrage zugestimmt und die Zustimmung bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte. Auch unter Intestaterben ließ man sie vielfach zu. Vgl. l. 30 Cod. de pact. 2, 3; Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 446, Tit. 12 § 649; Code Nap. 791, 1130, 1600. Unser Gesetz soll diesen Streit schlichten. (Der Unterschied von den — erlaubten — Erbverträgen liegt darin, daß nicht der Herr des Nachlasses selbst es ist, der — als Erblasser — den Vertrag schließt.)

35) Aus den Schlußworten der vorigen Note erhellt der Unterschied von einem Erb- oder Erbverzichtsvertrage. Letztere sind überhaupt keine Schuldverträge. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Uebernahme einer Verpflichtung, sich beim Erbfall in einer näher bestimmten Art und Weise zu verhalten. — Wegen der Beurkundung s. o. Note 32.

36) Wohl aber unter Umständen des Vormundschaftsgerichts. S. § 1643, 1822 Ziff. 1 BGB.

lich[37]) für alle Verträge verlangt, durch welche sich Jemand verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstück auf einen Anderen zu übertragen[38]). § 313. Die Vorschrift trifft Geschäfte aller Art (entgeltliche wie unentgeltliche), sofern sie nur eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung oder zur Bestellung resp. Uebertragung eines Erbbaurechts (arg. § 1017 BGB.)[39]) in sich schließen; z. B. nicht nur Kauf, Tausch, sondern auch Gesellschaftsverträge, die Einräumung eines Vorkaufsrechts am Grundstück u. dgl. Dagegen nicht die Verpflichtung zur bloßen Aufgabe des Grundstücks[40]), zur Besitzübertragung und zur Bestellung anderer dinglicher Rechte. — Uebrigens wird der Formmangel geheilt (der geschlossene Vertrag also seinem ganzen Inhalte nach[41]) gültig)[42]), wenn der dingliche Vertrag (Auflassung) nachgefolgt und der Erwerber als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist. § 313 Satz 2[43]). Dagegen ist die Uebergabe des Besitzes gleichgültig. Auch die Auflassung und Ueberschreibung eines Theiles, oder einiger von mehreren zugleich oder wechselseitig versprochenen Grundstücken führt keine Heilung des Grundvertrages herbei[44]).

---

37) Um der Wichtigkeit des Gegenstands willen. — Landesrechtlich genügt unter Umständen auch die Beurkundung durch andere Behörden. Art. 142 EG.BGB.

38) Zur Verhütung von Uebereilung (Wirthshausgeschäften), und der sozialen Tragweite halber (Agrarfrage, Landwucher 2c.). Das Bürgerliche Gesetzbuch geht hier noch über das ehemalige Preuß. Allg. Landrecht hinaus, welches sich (I Tit. 10 § 17) mit einfacher Schriftform begnügte. (Ob das Grundstück bereits im Grundbuch eingetragen ist, ist gleichgültig.) Für den anständigen Verkehr wirkt die rigoröse Vorschrift oft lähmend. Man muß das in den Kauf nehmen. — Gleichzeitige Beurkundung des Antrags und der Annahme in einem und demselben Akte ist natürlich auch hier nicht erforderlich. Auf diesem Wege kann sich der Oblat in der Urkunde über den Antrag zweckmäßig eine geeignete Frist für die Annahme setzen lassen (vgl. §§ 146, 148 BGB.), damit der Antragsteller gebunden bleibt, falls die Entschließung über die Annahme längere Zeit erfordert (z. B. wenn Genehmigungen von Behörden u. dgl. einzuholen sind). — Ueber Vorvertrag und Konventionalstrafe s. u. § 167 Note 21 und § 178 Note 7.

39) Oder eines Erbpachtrechts, soweit dasselbe landesrechtlich noch besteht. S. Art. 63 EG.BGB. Dieselben werden nach den cit. Vorschriften wie Grundstücke behandelt.

40) S. über Verzicht und Uebertragung oben Bd. I § 74 bei Note 19.

41) Einschließlich aller etwa bedungenen Nebenleistungen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 293, Bd. 16 S. 267.

42) Vorausgesetzt, daß der Vertrag nicht an sonstigen Mängeln leidet. Der Eigenthumserwerb heilt nur die Form. S. dazu übrigens noch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 230, Bd. 35 S. 175, Bd. 3 S. 257.

43) Diese Heilung konnte unbedenklich zugelassen werden, da die Uebereignung noch umständlicher ist, als die hier verlangte Form. Schon das preuß. Recht (Eigenthumserwerbsges. v. 5. Mai 1872) kannte die Heilung. (Entsprechend wirkt der dingliche Erwerb des Erbbaurechts 2c. durch den anderen Kontrahenten.) Ueber den dinglichen Erwerb selbst s. §§ 873 ff., 925, 1017 BGB. und unten das Sachenrecht.

44) Nicht einmal bezüglich der betroffenen Grundstücke, es müßte sich denn

3. Endlich muß die übernommene Leistung genügend bestimmt sein. In dieser Hinsicht kommen selbstverständlich zunächst die Regeln der Auslegung (einschließlich derjenigen des § 314 BGB.) zur Anwendung. Danach erstreckt sich die übernommene Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör[45]). Im Uebrigen entscheiden die Grundsätze über das zulässige Maß der Bestimmtheit des Schuldgegenstandes[46]). Auch in dieser Beziehung werden einige Auslegungsregeln gegeben. Für den Fall, daß eine Partei oder ein Dritter resp. mehrere Dritte das Bestimmungsrecht haben, sollen sie die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen — und mehrere Dritte sollen sie einheitlich treffen. Nur für die Bestimmung einer Summe ist der Durchschnitt maßgebend. §§ 315, 317 BGB. In § 316 wird sogar der im Zweifel bestimmungsberechtigte Vertragstheil bezeichnet. Dies und die Art und Weise, nebst den Folgen der getroffenen und unterbliebenen Bestimmung ist schon erörtert. S. auch § 315 Abs. 2 u. 3, §§ 318 u. 319 BGB.

§ 167.

B. Arten der Schuldverträge.

I. Die Schuldverträge sind einseitige und gegenseitige.

Einseitig ist ein Vertrag, in dem nur eine Partei der anderen eine Leistung bewilligt; zweiseitig ein solcher, in dem sich die Parteien wechselseitig solche Leistungen bewilligen[1]). Im ersteren Fall ist also der eine Theil nur Gläubiger, der andere nur Schuldner; im letzteren sind sie beide zugleich Gläubiger und Schuldner. Verträge beider Arten gibt es in großer Zahl.

Doch reicht diese Unterscheidung für unsere Bedürfnisse nicht aus. Die Zweiseitigkeit eines Vertrags ist oft nur eine zufällige. Das Geschäft ist seinem ersten Inhalt nach einseitig; nur durch besondere Umstände entsteht eine (sekundäre) Gegenverpflichtung der anderen Partei. Hier ist es nur die erstere Verpflichtung, die dem Geschäft seinen Charakter gibt (um deretwillen es geschlossen

---

nicht um einen einheitlichen Vertrag handeln. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 268, Schollmeyer § 313 Note 2a. A. M. Dernburg, Sachenrecht 2. Aufl. § 90 i. f.

45) Z. B. der Verkauf eines Hauses begreift die Hausschlüssel und Winterfenster, der eines Theaters, einer Fabrik, eines Landguts die ganze Einrichtung mit. — S. über die Auslegung im Uebrigen oben Bd. I § 91.

46) S. o. § 146.

1) S. Bd. I § 74.

worden ist), und die Behandlung der Nebenverpflichtung läuft rechtlich nur nebenher. Verträge dieser Art kann man auch unvollkommen zweiseitige nennen[2]).

Verschieden davon sind die Fälle, in denen das Geschäft von vornherein auf einen Austausch der beiderseitigen Leistungen angelegt ist[3]). Hier erscheint keine der beiden Verpflichtungen als die Hauptverpflichtung: beide sind im Rechtssinn gleichwerthig, da eine als das Aequivalent der anderen erscheint; — beide in ihrem Wechselverhältniß geben dem Geschäft seinen Charakter und gehören zu seinem typischen Inhalt. Diese (vollkommen zweiseitigen) Verträge werden gegenseitige Verträge genannt. S. §§ 320 ff. BGB. Es sind die Umsatzgeschäfte des täglichen Lebens: Kauf, Tausch ꝛc. und der Umsatz des Gebrauchs von Gütern und fremden Arbeitskräften gegen Entgelt (Miethe, Pacht und die verschiedenen Lohnverträge); ferner die Gesellschaft als Zusammenfassung wechselseitiger Leistungen zur Erreichung gemeinschaftlicher Ziele u. dgl.

Die Eigenartigkeit der gegenseitigen Verträge bedarf einer genaueren Entwickelung. Leistung und Gegenleistung stehen hier in einem besonderen Abhängigkeitsverhältniß. Jede der mehreren Leistungen ist um der anderen willen übernommen. In Folge dessen wirken Unregelmäßigkeiten bei der einen nicht nur auf die betreffende Verpflichtung selbst[4]), sondern auch auf die Gegenverpflichtung ein[5]).

II. Das im Vertrage festgesetzte Aequivalent einer Leistung kann auch in der Möglichkeit eines Gewinnes oder Verlustes für die eine oder andere Partei bestehen. Also eines Erfolges, der von einem ungewissen Ereigniß abhängt. So kommen wir zu dem Begriff von Glücksverträgen oder gewagten Verträgen[6]).

2) Dagegen war die ehemalige Bezeichnung: „unvollkommen synallagmatische Verträge" nicht zu billigen; denn συνάλλαγμα bedeutet Tausch, und die in Rede stehenden Geschäfte sind nicht auf Austausch angelegt. Beispiele sind der Auftrag, die Leihe, die Verwahrung ꝛc.

3) Der Unterschied kam im röm. Aktionensystem sehr klar zum Ausdruck. Bei den unvollkommen zweiseitigen Geschäften erhielt die actio ihren Namen nur von dem Hauptgeschäftsinhalt. Die Klage auf die Gegenleistung hatte keinen besonderen Namen; sie wurde nur als actio contraria bezeichnet (z. B. actio mandati, depositi etc. contraria). Wo dagegen der Vertrag vollkommen zweiseitig war, hatten die actiones beider Parteien regelmäßig jede ihren besonderen Namen (z. B. actio emti — venditi, locati — conducti). Hierin liegt eine Feinheit, die wir uns nicht entgehen lassen sollten. Wir werden uns nicht scheuen, den Gegenanspruch bei unvollkommen zweiseitigen Geschäften noch heute gelegentlich als actio contraria zu bezeichnen.

4) In der oben §§ 158 ff. geschilderten Weise.

5) Darüber s. u. §§ 168 ff.

6) Man spricht auch von aleatorischen Verträgen.

Die Glücksverträge sind entweder reine Glücksverträge, wie Spiel und Wette[7]). Oder die aleatorische Klausel ist nur einem anderen Geschäfte beigefügt. Hierher gehört z. B. der Hoffnungskauf[8]), das Darlehen gegen Verbodmung[9]) u. s. w. Oft besteht der aleatorische Zweck nur von der einen Seite, während die andere Partei nur Sicherung für ein befürchtetes, der Verwirklichung ihrer Rechte nachtheiliges Ereigniß[10]) sucht[11]).

III. Die in dem Schuldvertrage übernommene Leistung kann auch im Abschluß eines anderen Vertrages bestehen. So liegt in der Uebernahme einer Veräußerung von Sachen (Kauf, Tausch, Schenkung) auch die Uebernahme des Abschlusses des dinglichen Vertrags, durch welchen dem Erwerber das Eigenthum der Sache verschafft werden soll. Eine Besonderheit des Kaufvertrages 2c. liegt darin nicht. Dagegen sind diejenigen Schuldverträge auszuzeichnen, die auf den Abschluß eines anderen Schuldvertrages gerichtet sind. Hier spricht man von Vorverträgen.

Der Vorvertrag spielt unter den Vorverhandlungen des beabsichtigten Hauptgeschäftes eine Rolle, unterscheidet sich aber von ihnen durch seinen bindenden Charakter[12]). Die Parteien des Vorvertrags können daraus den Abschluß des Hauptvertrages verlangen, — bei Weigerung des anderen Theils die Zwangsvollstreckung darauf einleiten oder Schadensersatz fordern[13]).

1. Natürlich hat diese Unterscheidung nur Sinn, wenn mit dem Abschluß des ersten Vertrags nicht schon von selbst die Verpflichtungen gegeben sind, die in dem zweiten übernommen werden sollen. Denn dann bedarf es des Abschlusses des zweiten Vertrags überhaupt nicht. Die angebliche Vorverpflichtung ist die Hauptverpflichtung, — der geschlossene Vertrag dem Hauptvertrage gleich, auf dessen Abschluß er lautet[14]). In diesem Sinne

7) S. u. § 289. Auch der Leibrentenvertrag (unten § 251) kann unter Umständen hierher gehören. S. § 288.

8) Vgl. § 212 Ziff. 1b.

9) §§ 679 ff. HGB. und die Lehrbücher des Handelsrechts.

10) Derjenige, welcher die Sicherung übernimmt, rechnet darauf, daß jenes Ereigniß nicht eintreten werde. Für ihn führt das Geschäft zu einem Gewinn oder Verlust, je nachdem das Ereigniß ausbleibt oder eintritt (alea).

11) Allgemeine Vorschriften über die gewagten Geschäfte enthält unser Gesetz nicht. Vgl. aus dem früheren Recht die Bestimmungen Pr. A.LR. I Tit. 11 §§ 527 ff. Code Nap. Art. 1104, 1964.

12) S. o. Bd. I § 90 Ziff. 3, wo auch die Litteratur genannt ist.

13) S. o. § 159 u. Bd. I § 90 Note 9.

14) Ohne Rücksicht auf den Wortlaut. Die reale Sachlage entscheidet. S. auch § 133 BGB. und den Satz, daß falsa demonstratio non nocet.

ist der internationale Satz richtig: „promesse de vente vaut vente“[15]) und paßt auch auf andere Verträge[16]). Es kann also in solchen Fällen von einem Vorvertrage nur die Rede sein, wenn nach der Absicht der Parteien der Abschluß des Hauptvertrages noch hinausgeschoben werden sollte; — sei es um den näheren Inhalt noch vorzubehalten[17]) oder einstweilen nur die eine Partei zu binden[18]). Immerhin wird es in einfachen Verhältnissen hier näher liegen, sofort den Hauptvertrag unter Bedingung oder mit Rücktrittsrecht[19]) abzuschließen.

Ist der Abschluß des Hauptvertrags an eine Form gebunden[20]), so ist auch die Gültigkeit des Vorvertrages von Beobachtung der Form abhängig, wenn letztere im öffentlichen Interesse (zur Verhütung von Uebereilung u. dgl.) vorgeschrieben ist. Denn es wäre Gesetzesumgehung, sich formlos zur Beobachtung der Form zu verpflichten[21]).

2. Nach alledem würde das Feld der Vorverträge ein ganz beschränktes sein, wenn es nicht Fälle gäbe, in denen ohne das erwähnte öffentlichrechtliche Interesse zur Wirksamkeit eines Geschäfts oft mehr verlangt wird, als die einfache Willenserklärung der Parteien. Vielfach ist aber dazu noch eine besondere Handlung erforderlich: die Hingabe einer Sache oder die Ausstellung einer Urkunde[22]). Hier hat es guten Sinn, in einem Vorvertrag (durch einfache Willenserklärung) die betreffende Partei zur Vornahme jener Handlung zu verpflichten.

a) Hauptfall sind die Verträge auf Rückgabe. Bei diesen

---

15) Wenn die Kriterien des Textes zutreffen, so erzeugt das pactum de contrahenda emtione nicht blos die Verpflichtung zum Verkauf der Sache, sondern sofort zu ihrer Uebergabe und Uebereignung (§ 433 BGB.).

16) Z. B. Miethe, Gesellschaft ꝛc. Bedarf das Hauptgeschäft einer besonderen Form (Bd. I § 87), so muß diese natürlich gewahrt sein.

17) Z. B. um denselben den Eventualitäten der Zukunft anzupassen. In diesem Sinne gibt es z. B. ein pactum de ineunda societate. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 38. — Soweit wesentliche Bestimmungen des Hauptvertrags noch offen gelassen sind, muß der Vorvertrag genügende Anhaltspunkte zu ihrer Ausfüllung geben. Es entscheiden die Grundsätze über das zulässige Maß der Unbestimmtheit, oben §§ 145, 166 i. f. u. Cit.

18) Der Gegner verpflichtet sich, auf Verlangen zum Abschluß des Vertrages mitzuwirken (z. B. das Haus zu festem Preise zu kaufen), kann aber seinerseits den Abschluß nicht fordern. — Vgl. noch Degenkolb im civ. Archiv Bd. 71 S. 69, Bechmann, Kauf II S. 270.

19) S. u. §§ 174 ff.

20) S. über die gesetzlichen Gültigkeitsformen oben Bd. I § 87.

21) Z. B. zum Abschluß des in § 313 BGB. erwähnten Vertrages. S. o. § 166 Note 38. Ein Schadensersatzversprechen für den Fall des Nichtabschlusses des Hauptgeschäfts ist unwirksam nach § 344 BGB. S. auch unten § 177 Note 12.

22) S. schon oben Bd. I § 73 Text u. Note 2.

kann die Vertragsleistung des Schuldners begrifflich erst gefordert werden, nachdem der andere Theil die Valuta oder die sonst zurückzugebende Sache hingegeben hat (so beim Darlehen, der Leihe, Verwahrung, der Bestellung eines Faustpfands). Die Hingabe selbst gehört nicht mit zum Inhalt dieser Verträge: sie hat keinen Raum in ihrem Organismus[23]). Anderseits kann auch die Hingabe gültig versprochen werden; der Gegner hat daran oft ein sehr großes Interesse. Dies geschieht in einem Vorvertrage (pactum de mutuo dando, commodando u. s. w.). S. § 610 BGB.[24]).

b) Ebenso kann den Verpflichtungen aus Werthpapieren[25]) der Abschluß eines Vorvertrags auf Ausstellung des Papiers vorausgehen.

In allen diesen Fällen bedarf der Abschluß des Vorvertrages natürlich keiner Form.

IV. Von der Eintheilung der Schuldverträge in benannte und unbenannte, sowie in abstrakte und kausale war schon die Rede[26]); auch daß die kausalen Schuldverträge die bei Weitem überwiegenden sind. Jeder gegenseitige Vertrag gibt schon als solcher den Rechtsgrund der beiderseitigen Verpflichtungen an. Für jede Partei liegt dieser Rechtsgrund in der übernommenen Verpflichtung des Gegners[27]). Es ist das Feld der wirthschaftlichen Verkehrsgeschäfte. Das

---

23) In Beibehaltung des romanistischen Sprachgebrauchs pflegt man diese Verträge auch als Realverträge zu bezeichnen, weil die beabsichtigte Verpflichtung erst mit der Hingabe (res) entsteht. Der Unterschied vom röm. Recht liegt darin, daß dort der formale Rechtsgrund des Vertrags in der Leistung des Gläubigers lag (s. o. § 143 Note 9). Dies ist beseitigt. Heute ist es nur der besondere Inhalt der übernommenen Verpflichtung, das die in Rede stehenden Verträge auszeichnet. Darum ziehen wir den Ausdruck „Verträge auf Rückgabe" vor (um so mehr, als wir unter Realgeschäften heute noch etwas anderes verstehen: s. o. Bd. I § 86 Note 9). Die Eigenartigkeit des Inhalts schließt heute die genannten Vereinbarungen zu einer besonderen Gruppe zusammen. Wir haben auch hier nur das geschichtlich Zufällige abzustreifen. Vgl. Adler in Jhering's Jahrb. Bd. 31 S. 190; Cohn, Handb. d. Handelsrechts III S. 843 u. Cit.; meine Partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 367 ff. u. Cit.

24) Praktische Folgen sind, daß der Entleiher, der die versprochene Summe eben nicht schlechthin, sondern nur als Darlehen fordern kann, den Anspruch darauf nicht einem Anderen abtreten, — umgekehrt daß ihm keine Aufrechnung mit einer anderen Geldforderung entgegengesetzt werden kann. Der Kapitalist schuldet hier kein dare, sondern ein facere. Vgl. auch Degenkolb a. a. O. S. 78.

25) S. o. Bd. I § 63. Z. B. aus Wechsel, anderen Indossament- und aus Inhaberpapieren. S. u. §§ 310 ff.

26) S. o. § 143 Ziff. 1a u. Bd. I § 75 Ziff. 2.

27) Vgl. o. § 75 Note 14. — Nicht in der Erfüllung dieser Verpflichtung!

Gegenstück auf dem Gebiet der einseitigen Verträge bildet die Schenkung. Daneben gibt es nur einige abstrakte Geschäfte[28]).

II. Inhalt der Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen.

A. Das Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in diesen Verträgen.

§ 168.

Beim gegenseitigen Vertrage stehen die übernommene Leistung und Gegenleistung in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse[1]). Es fragt sich, wie weit dieses geht. Die mehreren Leistungen sind zum Austausch bestimmt: jede ist in einem besonderen Schuldverhältniß übernommen[2]), — beide Schuldverhältnisse[3]) werden von einem und demselben vertragsmäßigen Bande umspannt. Dies ist nicht nur etwas Formales, sondern von hoher wirthschaftlicher Bedeutung.

1. Die Entstehung jedes der beiden Schuldverhältnisse gehört zu den wesentlichen Bestandtheilen des abgeschlossenen Vertrags. Ist eines dieser Schuldverhältnisse ungültig[4]), so ist es der ganze Vertrag[5]). S. auch §§ 139, 142 Abs. 1 BGB.[6]). Der gegenseitige Vertrag kommt also entweder ganz oder gar nicht zu Stande[7]). Entsteht aus ihm die eine Verpflichtung nicht, so auch nicht die Gegenverpflichtung[8]).

---

28) Von ihnen wird im speziellen Theil (Zweiter Abschnitt VII. Kapitel) die Rede sein.

1) S. o. § 167 Ziff. I i. f.

2) So oft mal Gläubiger und Schuldner, so oft mal ist ein Schuldverhältniß vorhanden. S. o. § 139. Auch in der Anwendung auf den vorliegenden Fall war die Frage ehemals bestritten (vgl. Liebe, Stipulation S. 284, Scheurl, Beiträge I S. 151), ist es aber jetzt kaum mehr.

3) Resp. mehrere! Der Einfachheit halber wird nur vom gewöhnlichen Fall des Gegenüberstehens zweier Verbindlichkeiten gesprochen.

4) Z. B. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit, Unerlaubtheit, mangelnder Bestimmtheit der Leistung. S. o. § 166.

5) Dies nennt man die genetische Abhängigkeit bei gegenseitigen Verträgen.

6) Ebenso Bd. I §§ 80 ff.: die Lehre von den Rechtsgeschäften.

7) Bei theilweiser Unmöglichkeit der einen Leistung ist der ganze Vertrag ungültig, sofern nicht anzunehmen ist, daß er auch bei Kenntniß des Umfangs der Möglichkeit der einen Leistung geschlossen worden wäre. Dies kann dann auch zu einer entsprechenden Minderung der Gegenleistung führen. So besonders wenn das Aequivalent nach dem Quantum zu bemessen ist. Arg. § 139 BGB. S. auch Dernburg § 92 Ziff. I.

8) Ueber den Fall des ehemaligen negotium claudicans s. o. Bd. I § 83 Note 6. Auch hier kam der Vertrag entweder ganz oder gar nicht zu Stande. Nur bis zur Entschließung des Unmündigen war der Gegner gebunden, der Unmündige nicht. — Das negotium claudicans ist jetzt für

2. Nicht ganz so vollständig ist die Abhängigkeit in Ansehung der Erfüllung[9]). Es ginge zu weit, zu sagen, daß wenn der eine Theil nicht leistet, auch der andere nicht zu leisten brauche und das bereits Geleistete zurückfordern könne. Allerdings ist diese Auffassung im Lauf der Zeit nicht unvertreten[10]), aber man ist mit Recht davon zurückgekommen. Nachdem die verschiedenen Schuldverhältnisse (wenn auch auf der gemeinsamen Grundlage des Vertrages) einmal gültig entstanden sind, leistet jede Partei rechtlich nicht um der Gegenleistung willen, sondern weil sie verpflichtet ist[11]). Der Rechtsgrund ihrer Leistung liegt in der Vergangenheit, nicht in der Gegenwart und Zukunft[12]). Diese insbesondere bei den Römern entwickelte Auffassung führt unter Umständen dazu, daß der eine Theil, welcher in Folge zufälligen Untergangs des Schuldobjekts nichts mehr zu fordern hat, dennoch die Gegenleistung machen muß, obschon er dafür nichts mehr enthält. Man sagt hier, er trägt die Gefahr (scil. des ganzen Vertragsverhältnisses): das sog. periculum obligationis[13]). Bei den Römern kam dies stellenweise in krasser Form vor[14]); heutzutage nur noch selten

---

die Regel beseitigt (s. die dortigen Ausführungen), d. h. es ist keiner der Vertragsschließenden gebunden, und es hängt von der Entschließung beider Theile (resp. für den Geschäftsbeschränkten von der seines gesetzlichen Vertreters) ab, ob der Vertrag zu Stande oder nicht zu Stande kommen soll.

9) Man spricht hier auch von funktioneller Abhängigkeit (im Gegensatz zu Note 5): indem die eine Leistung nicht ohne Rücksicht auf die andere geltend gemacht werden könne. Aber dies ist eben das Problem.

10) Insbesondere ist dies der Standpunkt des Code Napoléon (Art. 1184), wonach aus der Nichterfüllung des einen Theils ein allgemeines Reuerecht für den anderen folgt. Hier haben naturrechtliche Anschauungen und eine konstante Notariatspraxis mitgewirkt. Die Resolutionsklausel (lex commissoria) wurde bei gegenseitigen Verträgen clause „de style" und schließlich subintelligirt. Fleißiger Gebrauch des bedungenen Rücktrittsrechts (s. u. §§ 174 ff.) könnte auch bei uns schließlich zu ähnlichem Ergebniß führen. S. auch schon unten § 170 Note 46 ff., § 171 Note 16.

11) Sie leistet solvendi, nicht credendi causa (s. o. Bd. I § 74 i. f.). Anders war es bei den röm. Innominatrealkontrakten. Bei diesen wurde um der zu erlangenden Gegenleistung willen (ob rem) geleistet, denn vorher war das Geschäft nicht gültig. S. o. § 143 Note 9. Daher gab es bei diesen auch ein allgemeines Reuerecht des Leistenden, für das im heutigen Recht jeglicher Grund hinweggefallen ist.

12) Vgl. z. B. § 814 BGB. Etwaige Rückforderung des Geleisteten, wo sie gestattet ist, setzt einen Irrthum des Leistenden voraus. S. u. §§ 317 ff.

13) Wohl zu unterscheiden von dem periculum rei: der untergegangenen Sache selbst. Deren Gefahr trägt der Eigenthümer. Res perit domino, oder casum sentit dominus. — Ueber die Gefahr der Leistung bei einfachen Schuldverhältnissen s. o. § 147 Note 29.

14) Es ist einer der berühmtesten Sätze des positiven röm. Rechts: periculum est emtoris. Vgl. § 3 J. de emt. et vend. 3, 23; l. 5 § 2 Dig. de resc. vend. 18, 5 und sonst noch öfters. Ueber seine richtige Begründung waren die Ansichten sehr getheilt, aber wohl kaum über seine wirthschaftliche Bedenklichkeit. Unser Gesetz hat den Satz beseitigt.

(vgl. z. B. §§ 447, 616, 644 BGB.) und nie ohne besondere Gründe[15]).

Unser Gesetz vermittelt also zwischen beiden Auffassungen. Es trägt der Selbständigkeit der beiden Schuldverhältnisse ebensowohl Rechnung, wie ihrer wirthschaftlichen Verbindung auf gemeinsamer Grundlage. Für die Regel ist das periculum obligationis gefallen. Dies ist ein Postulat der Billigkeit. Im Uebrigen werden die Interessen der beiden Parteien zweckmäßig gegeneinander abgewogen. Die Regelung ist je nach der Sachlage

a) eine provisorische für den Fall, daß beide Leistungen noch nicht bewirkt sind (Einrede des nicht erfüllten Vertrags)[16]);

b) eine definitive je nach dem Grund des Ausbleibens der Gegenleistung (eintretende Unmöglichkeit oder Verzug) und nach Maßgabe der Verantwortlichkeit der einen oder anderen Partei[17]).

B. Folgen der Nichtleistung von einer Seite.

§ 169.

1. Einrede des nichterfüllten Vertrages *.

I. Weil aus dem gegenseitigen Vertrag jede Partei verpflichtet ist, so entspricht es der Billigkeit, daß regelmäßig Keiner vom Gegner Leistung fordert, ohne die selbst geschuldete Leistung zu bewirken[1]). Dieser Grundsatz leidet nur dann eine Ausnahme, wenn nach dem Inhalt des Vertrages eine Reihenfolge für die Leistungen festgesetzt ist[2]). Hier versteht sich von selbst, daß die Partei, welche

---

15) Solche Gründe sind unter Umständen die leichte Realisirbarkeit des Schuldverhältnisses und seine prozessualische Durchführung. Diese Gründe können den Parteien den Anlaß geben, die an sich vorhandene Abhängigkeit der beiden Schuldverhältnisse zu brechen und sie selbständig zu stellen. Z. B. für den Kaufpreis wird ein Wechsel gegeben, oder der eine Theil unterwirft sich für die von ihm zu bewirkende Leistung in öffentl. Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung. S. o. Bd. I § 75 vor u. in Note 11, § 132 Ziff. III.

16) Die Einrede ist eine dilatorische. S. u. § 169.

17) Darüber s. u. §§ 170—172. — Die Gründe der Nichtleistung können auch hier nur die oben §§ 158 ff. besprochenen sein. Wir haben ihre Funktion in gegenseitigen Verträgen zu erörtern.

*) Vgl. André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1890); Dernburg §§ 93 ff.; Stammler S. 95 ff.; Endemann I § 125; Cosack § 86 Ziff. II; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus I § 182.

1) Gegen die verwirrende Vermischung unserer Einrede mit dem Zurückbehaltungsrecht s. schon oben Bd. I § 124 Note 10 ff.

2) Sei es zufolge direkter Beredung, oder nach der allgemeinen Natur des Vertrags und der Verkehrssitte. Auch das Gesetz schreibt nicht selten

vorzuleisten hat, dies (unter normalen Verhältnissen) ohne Rücksicht auf den Empfang der Gegenleistung thun muß. Der andere Theil dagegen darf mit seiner Leistung warten bis er die Vorleistung empfangen hat.

1. Ist keine Reihenfolge für die Leistungen festgesetzt, so ist Zug um Zug zu leisten. Doch hat dies nicht den Sinn, daß der, welcher fordert, „Zug- um Zugleistung" fordern, also sich gleichzeitig zur Gegenleistung erbieten müßte[3]). Sondern er kann sein Recht ohne Rücksicht auf das des Gegners geltend machen[4]). Sache des Gegners ist es, zu behaupten, daß er nach Inhalt des Vertrags nur zugleich mit dem Fordernden oder nach ihm zu leisten habe. Bis zur Erfüllung dieser Pflicht kann er die Leistung weigern. Er hat eine Einrede wider die Forderung des Gegners[5]): die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus). §§ 320ff. BGB.[6]).

2. Besonderer Betrachtung bedürfen die Fälle, in denen der Fordernde nicht vollständig geleistet hat[7]) oder sich zu einer Leistung erbietet, die der Gegner mit Recht als dem Vertrage nicht entsprechend beanstandet[8]). Auch hier kann er grundsätzlich die volle Gegenleistung zurückhalten, wenn er das Ungenügende zurückweist. In diesem Fall ist nicht erfüllt und unsere Einrede gegeben. Man nennt sie hier die Einrede der unzulänglichen Erfüllung (exceptio non

---

die Vorleistungspflicht der einen Partei ausdrücklich vor. Z. B. der Miethpreis, Dienstlohn, ist regelmäßig postnumerando zu entrichten.

3) Soweit ging, in Verkennung der richtigen Grenzen des Privatrechtsschutzes und der historischen Entwickelung, das Preuß. A.LR. I Tit. 5 § 27. Doch war die irrige Meinung auch im gemeinen Rechte nicht unvertreten, obschon die exceptio des Beklagten im röm. Recht bezeugt ist. S. u. Note 6. Vgl. darüber Dernburg, Kompensation S. 68; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 568; André § 5 u. A. Folge der irrigen Auffassung war, daß beim Ausbleiben des Gegners im Prozeß der Kläger kein Versäumnißurtheil auf die Gegenleistung erwirken konnte, falls er nicht vorgeleistet hatte. S. noch unten Note 15ff.

4) Z. B. der Verkäufer einer Sache klagt nicht auf Austausch von Waare und Preis, sondern einfach auf Preiszahlung.

5) S. o. Bd. I § 36, insbesondere daselbst nach Note 9. — Der im Prozeß ausbleibende Beklagte kann also einfach auf Leistung verurtheilt werden.

6) Sie ist schon bezeugt in l. 13 § 8, l. 25 Dig de A. E. V. 19, 1; l. 5 § 4 Dig. de doli mali exc. 44, 4; l. 5 Cod. de evict. 8, 44 und andere Stellen. Dann wurde die Entwickelung zeitweilig gestört. S. o. Note 3.

7) Aus der Verschiedenheit unserer Einrede von der des Zurückbehaltungsrechts folgt auch (§ 320 Abs. 1 i. f. BGB.), daß die Einrede durch Sicherheitsleistung des Fordernden nicht abgewendet werden kann. S. Bd. I § 124 Noten 11 und 20.

8) Nur muß die richtige Leistung noch möglich sein. S. u. Ziff. 3b. Dann aber ist auch die mangelhafte, dem Vertrage nicht entsprechende Leistung eine unvollständige.

rite adimpleti contractus). Sie ist nur eine Spielart der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und folgt deren Grundsätzen[9]). Auch wegen angeblicher Geringfügigkeit des Fehlenden kann keine Ausnahme gemacht werden, — ist also die Zurückhaltung der vollen Gegenleistung berechtigt[10]).

a) Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn der Fordernde Mitgläubiger hat. Hier kann er den auf ihn entfallenden Antheil der Forderung nur beitreiben, wenn er die ganze Gegenleistung bewirkt, mag auch das Schuldverhältniß nach § 420 BGB. in Quoten zerfallen[11]). Der Gegner soll darunter nicht leiden. Er darf die ihm abgeforderte Theilleistung verweigern, bis die ganze Gegenleistung bewirkt wird. § 320 Abs. 1 S. 2[12]). Gleichgültig, ob der Fordernde seine Genossen dazu zu bewegen im Stande ist. Es bleibt ihm anheimgestellt, die ganze Gegenleistung vorzuschießen.

b) Dagegen kann der Schuldner eine quantitativ vollständige aber mangelhafte Leistung nicht immer als Nichterfüllung behandeln. Er kann es nicht, wenn die Verpflichtung des Fordernden auf Leistung eines Sachindividuums geht und dieses (mit Mängeln) geliefert wird. Hier hat der Gegner nach Befinden selbständige Rechte: die sog. Gewährleistungsansprüche und Gewährleistungseinreden (§§ 459ff., 478 BGB.), die von der Einrede des nichterfüllten Vertrages sehr verschieden sind[13]). Ebenso darf er auch bei geschuldeten Gattungssachen die mangelhafte Leistung als Erfüllung behandeln und auf Grund dessen jene Rechte wahlweise mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend machen (§ 480 eod.)[14]).

---

9) Selbstredend muß der Gegner, der die Qualität der Leistung beanstandet, im Allgemeinen sagen, warum? Die Beweislast wird dadurch nicht berührt. Ueber letztere s. u. 3a u. Ziff. II.

10) Die Frage freilich, ob etwas fehlt, ist hier wie überall nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (oben § 142), also nicht rein buchstäblich oder formalistisch zu beantworten. In diesem Sinne kann die exceptio non adimpleti contractus durch eine replicatio doli (s. o. Bd. I § 36 zu Note 13ff. und § 126 Ziff. III) zurückgeschlagen werden. Ebenso kann das allgemeine Chikaneverbot eingreifen. — Nach erfolgter theilweiser Erfüllung s. u. Ziff. II.

11) S. darüber unten § 206.

12) Ebenso wird von mehreren Schuldnern, falls sie nicht solidarisch haften (was hier nach § 427 BGB. allerdings häufig zutrifft), jeder die Leistung seines Antheils verweigern dürfen, solange nicht allen Mitschuldnern ihre bezüglichen Antheile an der Gegenleistung gewährt werden u. s. w. S. Schollmeyer § 320 Note 2.

13) Insbesondere ist zu beachten, daß nach § 459 BGB. verhältnißmäßig unerhebliche Mängel nicht in Betracht kommen.

14) Vgl. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 399, Bd. 7 S. 113. Allerdings kann in der Leistung einer mangelhaften Sache unter Umständen auch eine

3. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags hat manche Eigenthümlichkeiten, die sich aus der vorliegenden Situation erklären.

a) Vor Allem hat der beklagte Schuldner sie nicht zu beweisen[15]). Es wird nämlich das Fundament dieser Einrede durch das Vorbringen des Klägers selbst zugestanden. Denn indem dieser sich zur Begründung seines Anspruchs auf einen gegenseitigen Vertrag beruft, bekennt er seine eigene Verpflichtung zur Zug- um Zugleistung, und es ist seine Sache, die Gründe darzuthun, aus denen er nicht zu leisten braucht[16]): sei es, daß er schon geleistet hat oder daß der Gegner vorzuleisten verpflichtet ist[17]).

b) Die Einrede des nichterfüllten Vertrags ist eine blos aufschiebende Einrede[18]). Sie regelt das Verhältniß der Parteien nur provisorisch, indem sie Jeden davor schützt, zuerst leisten zu müssen — was selbstverständlich voraussetzt, daß er noch leisten kann. Sobald durch die eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung ein Definitivum geschaffen ist, entfällt diese Einrede[19]). Aehnlich kann auch der nichtsäumige Theil dadurch, daß er den Gegner in Verzug setzt, der Sache eine Ende machen und daraus endgültige Folgen ziehen[20]).

Der provisorische Charakter der Einrede zeigt sich auch in der Art, wie sie im Prozesse wirkt. Sie führt nämlich nicht zur völligen Abweisung der Klage, sondern nur zur Verurtheilung des Beklagten Zug um Zug gegen die ihm gebührende Gegenleistung. Das Urtheil kann der Kläger demnächst nur vollstrecken, in-

---

Nichterfüllung liegen, z. B. wenn die Abwesenheit des Mangels vom Verkäufer besonders zugesichert war. S. u. § 220 Ziff. 2. Dann hat der Käufer bei der Lieferung auch die gewöhnlichen Rechte.

15) Auch hierdurch kam es, daß ihre Eigenschaft als Einrede zeitweise verkannt wurde. S. o. Note 3. Man faßte sie auf als Leugnung des Klagegrundes. Dies ist aber zweifellos irrig. Klagegrund ist der Konsens der Parteien: der abgeschlossene Vertrag. Die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger noch nicht erfüllt habe, ist daher keine Ableugnung des Klagegrundes. — Der Satz des Textes stand im I. Entwurf (§ 360); er wurde aus dem Gesetz als überflüssig gestrichen.

16) Diese Beweise liegen ihm replicando ob.

17) Ebenso hat, wenn Beklagter die angebotene Leistung als unrichtig oder unzulänglich beanstandet und deshalb nicht annehmen will, der Kläger darzuthun, daß er nicht mehr oder nichts anderes zu leisten verpflichtet sei (also auf die exceptio non rite adimpleti contractus hin).

18) S. auch § 202 Abs. 2 BGB. und oben Bd. I § 36. — Daraus folgt z. B.: wer in dem falschen Glauben leistete, daß die Gegenleistung bereits erfolgt sei, kann das Geleistete nicht zurückfordern. Vgl. schon l. 51 Dig. de cond. indebiti 12, 6 und heute § 813 BGB.

19) Vgl. Regelsberger in Jhering's Jahrb. Bd. 40 S. 249 bes. S. 261 ff. u. Cit.

20) S. darüber unten § 171.

dem er die Gegenleistung anbietet[21]). Geräth der Gegner dann mit der Annahme in Verzug[22]), so ist die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf die Annahme fortzusetzen. § 322 Abs. 1 u. 3 BGB.; §§ 756, 765 CPO.

c) Hiermit ist zugleich ausgesprochen, daß die Vorschützung der Einrede auch im Annahmeverzug gestattet ist[23]). Beklagter wird auch hier nur „gegen Empfang" verurtheilt, und es fragt sich, ob er in der Zwangsvollstreckung bei der Nichtannahme verharrt[24]). Die Mehrkosten hat er natürlich zu tragen[25]).

4. Ist eine Reihenfolge für die gegenseitigen Leistungen bestimmt, so steht unsere Einrede nur dem zu, der nach dem Inhalt des Vertrages zuletzt zu leisten hat. Diesem aber ganz in der obigen Weise. — Indessen wird ein ähnlicher Rechtsbehelf wenigstens in zwei Fällen auch dem Vorleistungspflichtigen zugestanden, nämlich

a) wenn er die Vorleistung wegen Annahmeverzugs des Gegners nicht hat bewirken können. In diesem Fall ist er nicht weiter zur Vorleistung verpflichtet, sondern kann Zug um Zug auf die Gegenleistung klagen[26]). § 322 Abs. 2 BGB.[27]).

b) Tritt nach Abschluß des Vertrags auf Seiten desjenigen, der zur Nachleistung verpflichtet ist, eine derartige Vermögensverschlechterung ein, daß der Anspruch des Gegners auf die Leistung gefährdet erscheint[28]), so darf dieser die Vorleistung einbehalten, bis Zug

21) So wie sie im Urtheil bezeichnet ist.

22) Nach den Grundsätzen § 163 oben.

23) Man pflegte ehemals den allgemeinen Satz aufzustellen, daß der Annahmeverzug des einen Theils im gegenseitigen Vertrage die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung derart löse, daß der Anspruch des nichtsäumigen Theiles frei wird. Nach eingetretener Unmöglichkeit der Gegenleistung gilt dieser Satz noch heute. S. § 324 Abs. 2 BGB. und unten § 170 Note 30. — Die für den vorwürfigen Fall getroffene Regelung führt erst in der Zwangsvollstreckung zum gleichen Resultate. S. übrigens noch unten Ziff. 4a.

24) Diesenfalls kann die Beitreibung der Gegenleistung ohne Rücksicht auf die Annahme erfolgen.

25) André a. a. O. S. 140.

26) Also nach Ziff. 3 Note 21—24 verfahren.

27) Er kann allerdings nicht schlechthin Leistung (s. o. Note 4), sondern nur „Leistung nach Empfang der Gegenleistung" beantragen (§ 322 Abs. 2 BGB.), und wird gut thun, sich in der Klage so auszudrücken (obschon falsche Bezeichnung wohl nicht schadet: s. auch Schollmeyer § 322 Note 2). Aber der Sache nach verfährt er wie oben, d. h. vollstreckt nach Erlangung des cit. Urtheils unter Angebot der Gegenleistung, und, wenn das Angebot ohne Erfolg bleibt, ohne Weiteres.

28) Die Vermögensverschlechterung muß nach dem Vertragsschluß eingetreten und für eine Gefährdung der Gegenleistung kausal sein. Ein Verschulden braucht dem Gegner in keiner Hinsicht zur Last zu fallen.

um Zug die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit dafür gestellt wird. § 321 BGB.[29]). Hier hat also auch der Vorleistungspflichtige die Einrede, doch ist sie durch Sicherheitsleistung abwendbar[30]). Wegen nicht vermögensrechtlicher Gefährdung der Nachleistung besteht kein Weigerungsrecht[31]).

II. Soweit die Einrede des nichterfüllten Vertrages hiernach überhaupt Platz greift, wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner eine unzureichende oder dem Vertrage nicht entsprechende[32]) Gegenleistung als Erfüllung angenommen hat[33]). Vielmehr kann er sich auch noch ferner seiner Leistung weigern; denn es ist nicht gehörig erfüllt. Jedoch mit folgenden Beschränkungen[34]):

1. Es muß jetzt der beklagte Schuldner den Beweis der Unzulänglichkeit der Gegenleistung führen. Denn indem er sie ohne Vorbehalt annahm, hat er sie als Erfüllung anerkannt. § 363 BGB.

2. Ergibt dieser Beweis eine so geringfügige Abweichung des Geleisteten von dem Geschuldeten, daß die Zurückhaltung der Gegenleistung wider Treu und Glauben verstoßen würde, so darf sie nicht stattfinden[35]). § 320 Abs. 2.

---

29) Es handelt sich um eine Sicherungsmaßregel eigener Art für betagte oder bedingte Forderungen. So auch Regelsberger in Jhering's Jahrb. Bd. 40 S. 451 ff. Daselbst ist angegeben, was das bisherige Recht in dieser Beziehung bot. Auf demselben Gedanken beruhen viele neuere Rechtsvorschriften. Der Schuldner, der durch sein Verhalten die für die kreditirte Leistung bestehende vermögensrechtliche Sicherheit vermindert, kann den Vortheil der Zeitbestimmung nicht weiter in Anspruch nehmen; denn es versteht sich von selbst, daß man nur einem solventen Schuldner kreditirt. Vgl. §§ 610, 1133 BGB.; § 65 KO.

30) Denn dann fällt der spezielle Grund der Einrede in diesem Falle hinweg, da sie selbst nur eine besondere Sicherung des Vorleistungspflichtigen bezweckt. Die Sicherheit kann von jeder der oben Bd. I § 134 bezeichneten Art sein.

31) Z. B. bei Dienstleistungen, die durch eine Krankheit zc. des Dienstpflichtigen gefährdet werden. — Dagegen ist die Einrede begründet, wenn der an Stelle einer geschuldeten Handlung eventuell zu leistende Geldersatz durch schlechte Vermögenslage des Schuldners gefährdet wird.

32) Immer vorausgesetzt, daß richtige Lieferung noch möglich ist. S. schon oben Bd. I Ziff. 2 u. 3b, über die exceptio non rite adimpleti contractus. Zustimmend Dernburg § 94 zu Note 4, Planck § 320 Note 4, Schollmeyer Note 3, Oertmann Note 7b u. A. A. M. Cosack § 86 zu Note 7.

33) Ob dies geschehen ist, ist Thatfrage. Z. B. es ist nicht stets der Fall beim Empfang zugesendeter Waaren ohne Billigung derselben; wohl aber beim Empfang einer Geldrolle, die einen gewissen Inhalt haben soll.

34) Kein Ausschlußgrund ist der Ablauf einer gewissen Zeit zwischen der Annahme und der Erhebung der Einrede (soweit darin kein Verzicht zu finden ist). Eine prompte Mängelrüge wird nur im Handelsrecht verlangt.

35) Also es entfällt in diesem Falle die Einrede. Ob die Voraussetzung des Textes zutrifft, ist Sache der richterlichen Beurtheilung im Einzelfalle. Z. B. am gebauten Hause fehlt noch eine Verzierung. Anders wenn an dem gekauften Geldschrank die Schlüssel fehlen. — Trotz Wegfalls der Einrede bleiben die

3. Endlich versteht sich von selbst, daß in der freiwilligen Annahme einer Theilleistung unter Umständen die Einwilligung des Annehmenden in eine Theilung des Schuldverhältnisses zum Ausdruck kommen kann[36]). In diesem Fall entfällt das Weigerungsrecht der Gegenleistung für die angenommenen Partieen[37]).

§ 170.

2. Eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung und gleichstehende Fälle*.

I. Wird bei einem gegenseitigen Vertrage die der einen Partei obliegende Leistung nachträglich unmöglich[1]), so fragt sich vor Allem wie es mit der Gegenleistung steht? Und zwar definitiv steht; denn das provisorische Weigerungsrecht der Einrede des nichterfüllten Vertrages (oben § 169) bringt das Verhältniß der Parteien nicht zu Ende. Auch gibt es Fälle, in denen diese Einrede versagt[2]). Oder die andere Partei hat ihre Gegenleistung bereits gemacht, und es ergibt sich nunmehr, daß der Gegner seine Leistung nicht mehr bewirken kann. Wird hier auch die andere Partei von ihrer Verpflichtung frei, und darf sie die bereits gemachte Gegenleistung zurückfordern?

Die Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Vielmehr hängt es, wie überall in dieser Lehre, davon ab, aus welchem Grunde die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, insbesondere ob aus einem Umstand, den die eine oder andere Partei zu vertreten hat[3]).

Zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist nach Anleitung des § 275 Abs. 2 BGB. auch hier nicht zu unterscheiden.

1. Ist die Unmöglichkeit in Folge eines Umstands eingetreten, den keine Partei zu vertreten hat[4]), so ist der Schuldner

---

Rechte aus der Vertragsverletzung im Uebrigen bestehen, z. B. kann bei fahrlässiger Nichtlieferung des Restes Schadensersatz verlangt werden.

36) Auch dies ist aus den Umständen des Falles zu beurtheilen. Z. B. bei Annahme von 20 Sack Roggen, wo 30 gekauft sind. Anders bei Annahme eines Bandes eines mehrbändigen Werkes.

37) Z. B. im Fall der vorigen Note sind die angenommenen 20 Sack zu zahlen.

*) S. die Litteratur zu § 158. Martinius, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 50. Dernburg §§ 95—96; Cosack §§ 99, 100 Ziff. 3; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus § 193.

1) D. h. nach dem Vertragsschluß. S. o. § 158.

2) Z. B. wenn der andere Theil vorzuleisten hat und die Einrede hier nicht ausnahmsweise (oben § 169 Bd. I Ziff. 4) dennoch gegeben ist.

3) Ueber die nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertretenden Umstände s. im Allgemeinen oben § 157.

4) Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 132, 134 ff.; Titze, Unmöglichkeit S. 163; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen S. 36 ff.

der unmöglich gewordenen Leistung befreit — das betreffende Schuldverhältniß also erloschen[5]). Aus dem Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung folgert das Gesetz hier mit Recht, daß der Befreite auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. § 323 Abs. 1 BGB.[6]). Der auf die Gegenleistung Belangte muß auch hier seine Befreiung darthun[7]). Dazu genügt aber der Nachweis der Unmöglichkeit der Gegenleistung[8]). Sache des Klägers ist es, zu behaupten, daß diese Unmöglichkeit keine Befreiung des Gegners zur Folge gehabt habe[9]).

Ist die Unmöglichkeit der einen Leistung nur eine theilweise, so wird auch die Gegenleistung nur in demselben Verhältnisse herabgesetzt als der andere Theil durch die Unmöglichkeit befreit ist. § 323 Abs. 1 i. f.[10]). Und zwar (arg. §§ 472 ff.) nach dem Verhältniß des Werths der ganzen Leistung zum Werth des jetzt noch möglichen Theils — bemessen nach der Zeit des Vertragsschlusses[11]). Ist die Gegenleistung untheilbar, so ist sie ganz zu bewirken, daneben aber in Geld zu schätzen, und die entsprechende Quote des Schätzungswerths[12]) dem Leistenden zurückzuzahlen[13]). Ebenso bei geschuldeten Dienstleistungen ꝛc. Mehrere für einen Gesammtpreis versprochene Dinge werden wie eine Gesammtleistung betrachtet[14]). Die Schätzung hat nöthigenfalls vom Gericht nach freiem Ermessen zu erfolgen. § 286 CPO.[15]). — Auch hier hat, wer die Minderung seiner Leistung

---

5) Arg. § 275 BGB. Oben § 158 Ziff. 1a.

6) Prinzip des Ausschlusses der sog. periculum obligationis. S. über die Gefahrtragung oben § 168 Note 13 ff. Also für die zufällig untergegangene und deshalb nicht zu liefernde Sache ist auch kein Kaufpreis zu bezahlen. S. übrigens § 447 BGB.

7) Vgl. o. Bd. I § 127 zu Note 16. Die im Text angegebene Vertheilung der Beweislast ergibt sich aus logischen Gründen. Sie wird durch die Geschichte des Gesetzes bestätigt. Vgl. Kisch S. 40, Dernburg § 96 Note 1, Enneccerus § 193 Ziff. III, Planck, Oertmann zu § 323 gegen Schollmeyer eod. Note 3.

8) Vielfach ergibt sich dann schon aus dem Sachverhalt, ob die Unmöglichkeit zu vertreten ist, oder nicht.

9) D. h. daß einer der unten besprochenen Fälle vorliege. S. Ziff. 2 ff.

10) Vgl. Kisch a. a. O. S. 168 ff. u. Cit., Titze S. 169.

11) Z. B. wenn der Unfall den Werth der halben Leistung (bemessen nach der Zeit des Vertragsschlusses) vernichtet hat, so ist auch die Gegenleistung nur zur Hälfte zu bewirken (der halbe Preis zu zahlen).

12) Welche in Folge der Untheilbarkeit zuviel geleistet ist.

13) Arg. § 473 S. 2 BGB. Z. B. die Gegenleistung besteht in einem Thiere. Dasselbe ist (nach der Zeit des Vertragsschlusses) zu schätzen: dann ganz zu liefern und (im Falle des vorigen Beispiels) der halbe Schätzungswerth zurückzuzahlen.

14) Arg. § 472 Abs. 2. Kisch S. 172.

15) Ueber die Frage der Anwendbarkeit des § 287 CPO. vgl. Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 224, anderseits die bemerkenswerthen Ausführungen von Regelsberger, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 40 S. 270 ff., Kisch S. 179.

behauptet, den betreffenden Beweis zu erbringen[16]) z. B. die Werthminderung des noch vorhandenen Theils der Leistung darzuthun.

a) Wenn der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung von Dritten für den Gegenstand einen Ersatz erhält oder zu beanspruchen hat, so vertritt dieser auch in vorliegender Beziehung die untergegangene Leistung, wenn die Gegenpartei auf der Ablieferung des Surrogates besteht[17]). Das Surrogat gilt als die Leistung selbst — eventuell als Theilleistung[18]). Es ist also dann auch die Gegenleistung ganz oder zum Theil zu bewirken[19]). § 323 Abs. 2.

b) Die Grundsätze über die Befreiung des Gegners greifen Platz, mag er die Gegenleistung schon bewirkt haben oder nicht. Hat er bereits geleistet, so besteht ein Rückforderungsrecht[20]) — sei es des ganzen oder des zuviel Geleisteten. Immerhin darf dieser Anspruch nicht zu hoch gespannt werden, da auch der Empfänger sich nichts vorzuwerfen hat[21]). Nur eine grundlose Bereicherung des Empfängers ist eingetreten[22]). Er hat daher das Empfangene auch nur nach den Grundsätzen der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (im noch vorhandenen Umfang) herauszugeben[23]). § 323 Abs. 3 BGB.

2. Wenn die Unmöglichkeit der einen Leistung auf einem Umstande beruht, welcher nicht an dem Leistenden selbst, sondern an dessen Gegner: dem Empfänger (Gläubiger) dieser Leistung liegt[24]), so tritt eine Befreiung des letzteren von seiner Gegenleistung nicht ein. Sonst könnte sich Jeder vom Vertrage losmachen, indem er die Gegenleistung verhindert[25]). Vielmehr wird hier nur der schuld-

16) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 272 ff., Kisch S. 181 ff. und die Kommentatoren des § 323 BGB.

17) Titze S. 167 ff., Kisch S. 217. Vgl. über das Recht des Gläubigers zum Verlangen des Surrogates, § 281 BGB. u. oben § 158 Ziff. 5. — Verlangt er es nicht, so kommt es nicht in Betracht.

18) Nämlich, wenn es hinter dem Werth der Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses zurückbleibt.

19) Z. B. beträgt die Versicherungssumme für den untergegangenen Leistungsgegenstand nur dessen halben Werth, so ist auch die Gegenleistung nur zur Hälfte zu bewirken.

20) Kisch S. 51 ff.

21) Vgl. die Voraussetzungen Ziff. 1 zu Anfang. Der Leistende hat also keinen Anspruch auf Ersatz seines Interesses und überhaupt von Allem, was er seinerseits geleistet hat.

22) Ueber diesen Begriff s. schon oben Bd. I § 75 Ziff. 2. Wegen der Rückgabe s. u. §§ 317 ff.

23) Es handelt sich um eine sog. condictio ex causa finita (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Denn ursprünglich war der Leistende verpflichtet. — Wegen des Umfangs der Verpflichtung s. einstweilen § 818 BGB.

24) S. darüber Kleineidam S. 139, Titze S. 180, Kisch S. 72 ff.

25) Wegen des Beweises s. noch Titze S. 182, Kisch S. 81 und oben Note 9.

lose Theil befreit[26]); der andere bleibt zu seiner vollen Leistung verpflichtet[27]). Dies tritt ein

a) wenn die Unmöglichkeit der einen Leistung in Folge eines vom Gegner zu vertretenden Umstandes[28]) herbeigeführt worden ist[29]). § 324 Abs. 1;

b) wenn die Unmöglichkeit zu einer Zeit eintrat, als sich der andere Theil hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befand[30]). § 324 Abs. 2. —

In allen diesen Fällen kann also die befreite Partei, obschon sie selbst nicht leistet[31]), die Gegenleistung fordern. Nur muß sie sich darauf die Vortheile abrechnen lassen, die ihr aus der eigenen Befreiung erwachsen[32]). Vgl. § 324 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 BGB. Indeß nur wirklich gemachte Vortheile[33]) sind abzugsfähig (also Ersparnisse und durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft gemachter Erwerb); dagegen nicht Vortheile, die der Befreite sich durch sorgfältige Ausnutzung der Freizeit hätte verschaffen können. Für Abrechnung der letzteren fehlt es an einem zureichenden Grunde. Der Anspruch des Befreiten ist kein Entschädigungsanspruch, auf den die sog. Verschuldungsaufrechnung[34]) zur Anwendung zu bringen wäre;

26) Wiederum nach § 275 BGB.

27) Bei Mitbetheiligung des Schuldners an der Unmöglichkeit, s. Kisch S. 95. — Wird die Gegenleistung des Gläubigers, der die Unmöglichkeit verschuldet hatte, nachträglich ihrerseits unmöglich, so erlischt auch hierdurch das Schuldverhältniß nicht.

28) Also insbesondere durch sein Verschulden.

29) Z. B. er hat den Stall oder das Waarenlager, in dem sich die zu liefernden Gegenstände befanden, vorsätzlich oder fahrlässig in Brand gesetzt. — Ob das Verhalten sonstige Folgen, insbesondere die Verpflichtung zu Schadensersatz nach sich zieht, ist hier gleichgültig. Es handelt sich nur um die Verpflichtung zur Gegenleistung. Der Preis ist grundsätzlich zu bezahlen.

30) Der Annahmeverzug ist kein vom Gläubiger zu vertretender Umstand. S. o. § 163. Auch hier liegt es aber am Gläubiger, daß die Gegenleistung nicht hat geschehen können. Durch den Annahmeverzug wird die Gefahr der unmöglich gewordenen Leistung (vgl. § 164 Ziff. 2) auf den Gläubiger derselben übertragen. Dieser hat folglich die Gegenleistung zu bewirken, obschon er nichts mehr erhält. Z. B. er hat den Preis zu zahlen, wenn das gekaufte Vieh während des Annahmeverzugs im Stalle des Verkäufers von einer Seuche ergriffen und verendet ist.

31) Resp. soweit sie wegen theilweiser Unmöglichkeit von ihrer Leistung befreit ist. In dieser Richtung ist hier kein Unterschied zu machen.

32) Denn sie soll auch auf diese Art nicht Doppeltes erhalten. S. o. § 151 zu Note 67. Z. B. die aufzubewahrenden Thiere sind, weil sie gefallen sind, nicht weiter zu füttern, — für den sistirten Bau sind keine weiteren Materialien erforderlich, — der Bauherr oder sonst zurückgeschickte Arbeiter kann seine freie Zeit benützen und anderwärts etwas verdienen.

33) Ueber den Fall, daß der Schuldner in Folge des Umstands, der die Leistung unmöglich macht, von anderer Seite einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt (§ 281 BGB.), s. Kisch S. 94.

34) S. o. Bd. I § 111.

sondern er geht einfach auf die bedungene Gegenleistung[35]). Abrechnen läßt sich von dieser nur, was der andere Theil wirklich erhielt[36]). Daher muß auch der Gegenleistungspflichtige dem Befreiten beweisen, wieviel durch die Ersparniß resp. anderweitige Beschäftigung von der bedungenen Gegenleistung abgeht. Nur ein böswillig nicht gemachter Gewinn wird wie ein gemachter behandelt — ist also dem Befreiten gleichfalls anzurechnen[37]).

3. Beruht die Unmöglichkeit der einen Leistung auf einem Umstande, welchen die leistungspflichtige Partei selbst zu vertreten hat[38]), so wird sie überhaupt von ihrer Verbindlichkeit nicht frei (oben § 158), sondern der Gegner hat[39])

a) zweifellos das Recht, Schadensersatz zu fordern[40]), wofür er dann auch die Gegenleistung zu bewirken hat[41]).

War die andere Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so beschränkt sich die Schadensersatzpflicht zunächst auf den unmöglich gewordenen Theil[42]). Der Gegner darf aber den Rest ablehnen, wenn dieser kein Interesse für ihn hat, und Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern[43]). § 325 Abs. 1 S. 2.

---

35) Wegen etwaigen sonstigen Schadens des Schuldners s. Kisch S. 83 ff.

36) Vgl. Kohler in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 368; v. Petrażycki, Einkommen II S. 336 ff.; Kisch S. 89 ff.

37) § 324 Abs. 1 i. f. Das Prinzip kehrt in zahlreichen Anwendungsfällen wieder (vgl. §§ 615, 649 BGB.). Es ist kein Bruch der Rechtskonsequenz (wie Petrażycki a. a. O. S. 341 ff. vermeint), sondern eine natürliche Folge des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben, welches die Rechtsordnung beherrscht. Könnte der von einer Arbeitsleistung Befreite böswillig während der Freizeit faullenzen gehen, so wäre dies geradezu unleidlich. Er darf also eine ihm angetragene passende Arbeit nicht einfach von der Hand weisen, weil er doch seine Zeit bezahlt erhält. Dagegen braucht er sich weder um andere Beschäftigung besonders zu bemühen, noch jede Art von Arbeit anzunehmen. Es ist nach den Umständen zu beurtheilen, ob er durch die Ausschlagung dolos handelt.

38) S. über diesen Fall Kleineidam S. 143, Titze S. 183, Kisch S. 96 ff.

39) Wegen des Beweises s. Kisch S. 106, Titze S. 186.

40) Bezw. das Surrogat des untergegangenen Leistungsgegenstandes und Schadensersatz nur für den etwaigen Rest (nach allgemeinen Grundsätzen). S. § 281 BGB. u. oben § 158 Ziff. 5. S. noch Kisch S. 122 ff. u. unten Ziff. II. Ferner Schöller ‚Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 44 S. 603.

41) Das Recht auf Schadensersatz wurzelt im Vertrage, dessen Inhalt also auch im Uebrigen fortbestehen bleibt. Das Gegentheil: nämlich daß die Gegenleistung gar nicht bewirkt zu werden brauche (sondern am Schadensersatz abgehe), nimmt Cosack (I § 99 Ziff. 2a) an. Zu begründen vermag er dies nicht. Ob in concreto Aufrechnung stattfinden kann (s. u. §§ 191 ff.), ist eine andere Frage.

42) Nach allgemeinen Grundsätzen, s. o. § 158 Ziff. 4.

43) Nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB. u. § 158 a. a. O. Dort auch über die eventuelle Rückgabe des bereits Empfangenen (Zug um Zug gegen Bewirkung der Ersatzleistung). Vgl. Kisch S. 183 ff., Titze S. 186 ff.

Dies ergibt sich aus der Art der Unmöglichkeit und dem Wesen der gegenseitigen Verträge. Es wäre nicht hervorzuheben, wenn dem Gegner nicht wahlweise noch andere Befugnisse zuständen.

Sein obiges Recht ist in der That oft wirthschaftlich werthlos. Denn Austauschsgeschäfte schließt man nicht ab, um sich für sein gutes Geld ꝛc. mit Schadensersatz abspeisen zu lassen. Man muß ohne Weitläufigkeit die Gegenleistung retten können[44]). Oft läßt sich dafür der auszutauschende Gegenstand anderweitig beschaffen; aber auch wenn dies nicht der Fall, ist die eigene Befreiung oft werthvoller als der Empfang des Schadensersatzes[45]). Demgemäß hat

b) der Gläubiger der untergegangenen Leistung auch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten[46]), also gegen Verzicht auf die untergegangene Leistung die eigene einzubehalten oder zurückzufordern. Dies wird behandelt nach Art eines im Vertrage vorbehaltenen Rücktrittsrechts[47]). §§ 325 Satz 1 i. f., 327 Satz 1 BGB. u. Cit. Der Rücktritt ist also dem Gegner zu erklären[48]), etwa schon Empfangenes (Zug um Zug) zurückzugewähren, für geleistete Dienste deren Werth zu vergüten. Für Verschlechterung der Restitutionsobjekte ist Ersatz zu leisten[49]), soweit nicht aus der Art der Behandlung der Restitutionsobjekte von Seiten des Rücktrittsberechtigten ein Verlust des Rücktrittsrechts folgt[50]). Wird der Rücktritt gewählt, so entfällt im Uebrigen der Schadensersatz wegen Nichterfüllung[51]).

Auch bei theilweiser Unmöglichkeit der einen Leistung kann der Gegner den Rücktritt wählen; und zwar wenn er beweisen kann, daß

---

44) Der formale Weg hierzu würde sein: Entweder der Gegner verlangt seine Gegenleistung als Bestandtheil des ihm gebührenden Schadensersatzes zurück oder rechnet sie, wenn sie noch nicht gemacht ist, auf die Schadensersatzforderung auf. Dies ist umständlich und nicht immer möglich. Die neueren Gesetzgebungen, insbesondere das ehemalige Handelsgesetzbuch Art. 354, 355, haben daher dem Gläubiger ein Wahlrecht gegeben, ob er überhaupt bei dem Vertrage stehen bleiben will, oder nicht.

45) Z. B. wenn die Gegenleistung höher ist als der Werth der Kaufsache.

46) Kleineidam S. 146; Titze S. 184 ff.; Kisch S. 134 ff.

47) Also nicht blos nach Konditionsgrundsätzen, wie oben Ziff. 1, weil der andere Theil für den Grund der Unmöglichkeit verantwortlich ist. Es ist deshalb ex tunc zu restituiren, wie es die lex commissoria (jetzt § 346 ff. BGB.) mit sich bringt. Vgl. o. § 168 Note 10.

48) Es gelten die oben § 158 Note 32 ff. vorgetragenen Grundsätze.

49) Arg. § 347 BGB.

50) Arg. §§ 351 ff. BGB. Kisch S. 140 ff.

51) Art. 354, 355 des alten Handelsgesetzbuchs brachten dies deutlich durch die Wendung zum Ausdruck, der Gegner könne von dem Vertrage abgehen „gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre“. Dieser Ausdruck ist nicht ganz entsprechend, denn eine absolute Rückwirkung tritt nicht ein. Daher unterblieb jener Zusatz im heutigen Gesetze.

die Annahme des Restes für ihn kein Interesse hat, vom ganzen Vertrage. § 325 Abs. 1 Satz 2 u. Cit.[52]).

c) Schließlich ist dem Gläubiger der untergegangenen Leistung nicht zu verwehren, die sub Ziff. 1 bezeichneten Rechte geltend zu machen[53]), also seinen für die Unmöglichkeit verantwortlichen Gegner so zu behandeln, als wenn er nicht verantwortlich wäre. Er darf dessen Fahrlässigkeit ꝛc. ignoriren. Daraus ergibt sich das Recht, ohne Rücktrittserklärung die einfachen Folgen eines Zusammenfallens des Vertrages ex nunc zu ziehen[54]). Dies führt zu einfacher Einbehaltung der eigenen Leistung, wenn sie noch nicht gemacht ist[55]); namentlich aber auch bei blos theilweiser Unmöglichkeit der Gegenleistung zu der Befugniß, eine entsprechende Minderung der eigenen Leistung herbeizuführen[56]), oder endlich gegen entsprechendes Aequivalent die Surrogate der untergegangenen Gegenleistung zu fordern[57]). § 325 Abs. 1 i. f. BGB. —

d) Das Wahlrecht[58]) zwischen den Befugnissen lit. a—c ist durch einfache Erklärung an den Gegner auszuüben[59]); aber auch durch klageweise Geltendmachung des einen oder anderen der betreffenden Rechte. Hierbei erhebt sich die Frage, wann die Wahl endgültig vollzogen ist[60]).

Zunächst ist selbstverständlich, daß von einer Wahl nur die Rede sein kann, wenn der Wahlberechtigte seine verschiedenen Rechte kennt. Weiß er z. B. nicht, daß die Unmöglichkeit in Folge eines vom Gegner zu vertretenden Umstands eingetreten ist und erklärt danach, die Rechte sub c ausüben zu wollen, so geht ihm das Recht auf Schadensersatz ꝛc. nicht verloren.

---

52) Auch hier ist selbstverständlich das etwa bereits Empfangene zurückzugeben. Vgl. o. Note 43. Kisch S. 184, 186 ff.

53) Kleineidam S. 147 ff.; Titze S. 184, Kisch S. 150.

54) Vgl. über das Verhältniß des Rücktritts zu dieser Art von Auflösung schon oben Note 47.

55) Ist sie gemacht, so empfiehlt es sich freilich mehr, zurückzutreten, da sonst nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 323 Abs. 3) restituirt wird.

56) Nach §§ 323 Abs. 1 i. f., 472, 473 BGB. S. o. zu Note 10 ff. Kisch S. 185 ff.

57) Nach § 323 Abs. 2. S. o. Note 17 ff.

58) Ueber den gegenseitigen Ausschluß der verschiedenen Rechte s. noch Kisch S. 151 ff.

59) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88). Der Rücktritt ist eine solche Erklärung. Die Absicht, die in § 323 BGB. enthaltenen Rechte geltend zu machen, wird stets eine besondere Erklärung voraussetzen, wenn sich der Erklärende das Weitere vorbehält (denn er hat danach verschiedene Möglichkeiten).

60) Vgl. Kleineidam S. 150 ff.; Titze S. 192; Kisch S. 153 ff.

α. Wählt er aber in Kenntniß seiner Rechte, so ist weitere Frage, ob die Wahl bindet. Man hat dies arg. § 263 bejaht[61]); aber die hier vorliegenden Alternativen sind nicht die eines Wahlschuldverhältnisses. Sie sind überhaupt von sehr verschiedener Bedeutung.

Das Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung macht den (durch das Verhalten des Gegners modifizirten) Vertragsinhalt geltend. In diesem Verlangen liegt daher keineswegs eine endgültige Wahl, vielmehr nur Geltendmachung der gewöhnlichen Vertragsrechte. Der Gläubiger wird daher regelmäßig noch zu den anderen Alternativen übergehen können, soweit dies nicht aus einem besonderen Grunde wider Treu und Glauben verstößt. Erst das rechtskräftige Urtheil setzt dem ein Ziel.

Die Rechte sub b und c dagegen sind besondere gesetzliche Rechte des Gläubigers (nicht einmal Ansprüche). Von ihnen ist der erklärte Rücktritt, soweit er nicht in sich unwirksam ist[62]), jedenfalls bindend, da er an Stelle des ursprünglichen Verhältnisses die gegenseitigen Restitutionsansprüche (§ 346 BGB.) setzt. Hiermit entfallen alle anderen Rechte. Dagegen läßt die Erklärung, von den Rechten des § 323 Gebrauch machen zu wollen, für sich allein noch die genügende Bestimmtheit vermissen, um einen Definitiveffekt herbeizuführen. Letzterer tritt erst dann ein, wenn der Gläubiger auf die Surrogatleistung verzichtet. Denn dann ist der Vertrag (ganz oder pro parte) aufgelöst. Soweit Gegenleistung resp. das dieselbe vertretende Surrogat gefordert wird, wird wieder nur der (sekundäre) Vertragsinhalt geltend gemacht. Dieses Verlangen führt also eine Konzentration der Rechte des Gläubigers sowenig herbei, wie oben das Verlangen des Schadensersatzes. Anders nur, wenn die Ausübung des Variationsrechts im besonderen Falle gegen Treu und Glauben verstoßen würde[63]).

β. Auf der anderen Seite kann der Gegner den Wahlberechtigten mittelbar[64]) zu einer bindenden Entscheidung nöthigen. Sowohl

61) S. o. Kisch S. 158 ff. u. Cit., der übrigens den § 263 nicht ausdrücklich nennt.

62) Aus allgemeinen Gründen Bd. I § 80 ff., z. B. wegen Betrugs, Zwangs, Irrthums, oder weil der Rücktritt nach §§ 351—354 BGB. ausgeschlossen ist oder unwirksam wird. S. u. § 175, o. § 158 Note 36 ff.

63) Dagegen hat der Gläubiger z. B. guten Grund, noch nachträglich vom Vertrage zurückzutreten, wenn Schadensersatz oder die Surrogatleistung vom Gegner wegen veränderter Vermögensumstände nicht mehr oder nur mit großen Schwierigkeiten zu erlangen sind. Das beste Schutzmittel für den Gläubiger besteht hier in Rettung der eigenen Leistung durch Rücktritt vom Vertrage.

64) Nicht unmittelbar. Vgl. aber Kisch S. 156.

wenn dieser gar nicht wählt, als um die nachtheiligen Folgen des Variationsrechts auszuschließen.

Zunächst kann er das besonders einschneidende Rücktrittsrecht dadurch definitiv ausschließen, daß er dem Wahlberechtigten nach § 355 BGB. zur Ausübung desselben eine angemessene Frist bestimmt[65]). Mit unbenutztem Ablauf der Frist ist dann das Rücktrittsrecht erloschen.

Abgesehen davon kann der Gegner Klarheit erlangen, indem er den Wahlberechtigten auf die Gegenleistung verklagt. Dieser muß dann, um der Verurtheilung zu entgehen, eines der obigen Rechte geltend machen, und der Abschluß des Prozesses führt jedenfalls die Endgültigkeit der getroffenen Entscheidung herbei[66]).

II. Schließlich sind hier noch die Fälle zu berücksichtigen, in denen eine an sich mögliche Leistung als unmöglich behandelt wird[67]).

1. Ist die verspätete Erfüllung nach Inhalt des Schuldverhältnisses überhaupt keine Erfüllung mehr, so gelten schlechthin die obigen Grundsätze; die Leistung ist hier in der That unmöglich[68]).

2. Hat der Gegner das Recht, die verspätete Leistung nach Anleitung des § 361 BGB. zurückzuweisen, so kommen, wenn er davon Gebrauch macht, die Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts zur Anwendung[69]). Der Gegner kann jedoch auch bei dem Vertrage stehen bleiben und nur die Konsequenzen der Verspätung ziehen. Wir behandeln diese verschiedenen Möglichkeiten daher erst unten (§ 172) im Zusammenhang.

3. Im Uebrigen sahen wir, daß jede Leistung zurückgewiesen werden kann, wenn der Schuldner zu ihrer Vornahme rechtskräftig verurtheilt ist. § 283 BGB. Hatte der Kläger hiernach dem verurtheilten Gegner eine Präklusivfrist zur Leistung gesetzt und ist diese Frist verstrichen, so kann nicht mehr Erfüllung verlangt werden, vielmehr hat der andere Vertragstheil lediglich die Rechte aus

---

65) Ueber das Detail s. schon oben § 158 zu Note 39 ff. und unten § 175. Vgl. Kisch S. 154.

66) Auch wenn sie (nach lit. α) durch den erklärten Entschluß noch nicht allein einträte, wie z. B. bei dem Verlangen des Schadensersatzes.

67) Die betreffenden Fälle sind oben § 159 zusammengestellt.

68) Es sind schlechthin die obigen Regeln I Ziff. 1, 2 oder 3 anwendbar, je nachdem keine oder eine der beiden Parteien diese Verzögerung der Leistung zu vertreten hat.

69) S. u. §§ 174 ff.

einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung[70]). § 325 Abs. 2. Der Kläger kann also entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern[71]) oder vom Vertrage zurücktreten. Ist die Leistung vor Ablauf der Frist nur theilweise erfolgt, so hat der Kläger die Rechte aus theilweiser Unmöglichkeit[72]). — Nur für den Fall, daß der rechtskräftig verurtheilte Gegner seine Nichtleistung nicht zu vertreten hat[73]), gelten Besonderheiten. Nämlich:

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist ausgeschlossen, wenn die Leistung nach rechtskräftigem Urtheil[74]) durch einen vom verurtheilten Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist. § 283 Abs. 1 i. f.

b) Wählt der Kläger den Rücktritt vom Vertrage, so kann er seine eigene Leistung, wenn der Gegner für die Nichterfüllung nicht verantwortlich ist, nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. § 327 Satz 2[75]).

§ 171.

3. Leistungsverzug der einen Partei*.

1. Wenn die eine Partei in Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten säumig und dieserhalb von der anderen in Verzug gesetzt ist, so treten die oben § 162 besprochenen Rechtsfolgen ein. Der nichtsäumige Theil kann also auf gehörige Nachholung der Leistung dringen und Schadensersatz wegen der Verspätung fordern, wofür er dann selbstverständlich auch seine eigene Leistung bewirken muß[1]). Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Ebenso daß der nichtsäumige Theil (unter im Uebrigen gleichen Bedingungen) die nachgeholte Leistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn die Leistung in Folge des Verzuges kein Interesse mehr für ihn hat. § 286 BGB.[2]).

Indessen deckt diese Rechtsgestaltung nicht das praktische Bedürf-

---

70) S. o. I Ziff. 3. — Titze S. 190 ff.
71) Gegen Bewirkung der eigenen Leistung. S. o. Note 41.
72) § 325 Abs. 1 Satz 2 und oben I Ziff. 3 passim.
73) Ueber diese Eventualität s. schon oben § 159 zu Note 23.
74) S. dazu oben § 159 bei Note 32.
75) Aus Gründen wie oben bei Note 21 ff.

*) S. die Litteratur zu § 161. Ferner Dernburg §§ 97—98; Cosack § 123; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus § 200.
1) Wie oben § 170 Note 40—41.
2) S. o. § 162 Ziff. 4b.

niß[3]). Und ebensowenig geht das Rechtsmittel des § 283 BGB. für den nichtsäumigen Vertragstheil in allen Fällen weit genug. Danach kann letzterer allerdings schließlich dem Gegner eine Frist für seine Leistung setzen, mit dem Präjudiz, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung ablehnen und das Wahlrecht des § 325 BGB. ausüben darf[4]); aber diese Befugniß setzt eine rechtskräftige Verurtheilung des Gegners und dann noch die Gewährung einer Nachfrist voraus. Es bedurfte eines einfacheren Mittels für den nichtsäumigen Theil, um seine eigene Leistung zu retten und von dem Vertrage loszukommen. Dieses bietet ihm unser Gesetz auf der Basis des Leistungsverzuges. § 326 BGB. Danach darf der nichtsäumige Theil dem Gegner, sobald dieser in Leistungsverzug gekommen ist, eine angemessene Frist für die Erfüllung setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne. Mit fruchtlosem Ablauf der Frist hat dann der nichtsäumige Theil dieselben Rechte wie bei einer vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§ 325 BGB.). Es kann also nicht mehr Erfüllung verlangt werden, sondern der nichtsäumige Theil hat jetzt die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder einfach vom Vertrage zurückzutreten. Kann der nichtsäumige Theil nachweisen, daß die Leistung des Anderen in Folge des Verzugs gar kein Interesse für ihn hat[5]), so bedarf es nicht einmal der Fristsetzung (Abs. 2), sondern es können auf Grund des Leistungsverzuges diese Rechte unmittelbar ausgeübt werden.

---

3) Vgl. schon oben § 170 zu Note 44. Nicht blos der Beweis des Schadensersatzes ist oft schwierig, sondern noch lästiger ist es für den nichtsäumigen Theil, daß er die eigene Leistung machen muß, während er hinsichtlich der Gegenleistung auf einen umständlichen Weg verwiesen ist und häufig statt derselben nur Schadensersatz erhält. Viel mehr wird ihm oft daran liegen, die eigene Leistung zurückzunehmen. Dies kann er aber nach allgemeinen Grundsätzen nur als Bestandtheil des Schadensersatzes, wenn die Gegenleistung jedes Interesse für ihn verloren hat. Nur in einzelnen Fällen (so bei der Miethe: l. 24 § 4 Dig. locati 19, 2) war das röm. Recht weiter gegangen und hatte dem nichtsäumigen Theil ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gegeben; umgekehrt setzte (auf Grund des älteren deutschen) das franz. Recht (Code Nap. Art. 1184) die Erfüllung der einen Verpflichtung als Bedingung der anderen. S. o. § 168 Note 10. Das ehemalige Handelsgesetzbuch Art. 354, 355 suchte zwischen beiden Extremen zu vermitteln. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Vorschriften aufgegriffen und verallgemeinert.

4) Vgl. o. § 159 Ziff. II und § 170 gegen Ende.

5) Z. B. ein Reitpferd ist zu einer Dienstleistung gekauft, und der Verkäufer kann erst nach Beendigung der Dienstzeit liefern. — Erkrankt oder verstirbt aber der Käufer des Pferdes, so ist die Lieferung zwar auch möglicherweise für die Erben ohne Interesse, aber nicht in Folge des Verzuges. Daher sind sie hier von der Gewährung einer Nachfrist nicht befreit.

2. Der nichtsäumige Theil hat also auch hier wieder ein dreifaches Wahlrecht:

a) Er kann Erfüllung fordern, also den ursprünglichen Schuldgegenstand und das Verzugsinteresse[6]). Dieses Recht folgt unmittelbar aus dem Vertrage, braucht nicht durch eine besondere Rechtshandlung gewahrt zu werden und bleibt regelmäßig bestehen, bis es durch Wahl einer der beiden anderen Alternativen aufgegeben wird[7]). Hier hat der nichtsäumige Theil seine Gegenleistung zu bewirken[8]).

b) Der nichtsäumige Theil kann aber auch dem Gegner zur Bewirkung seiner Leistung eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne[9]). War die Frist angemessen[10]) und erfolgte innerhalb derselben die Leistung nicht, so ist der Anspruch auf Erfüllung erloschen[11]) und der nichtsäumige Theil hat[12]) wahlweise folgende Rechte[13]); § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2.

α. Er kann Schadensersatz statt der Erfüllung fordern, wofür er dann wiederum die Gegenleistung zu bewirken hat[14]).

---

6) S. o. zu Note 1.

7) Unter Umständen kann auch in langdauernder Nichtausübung des Erfüllungsanspruchs ein Verzicht darauf gefunden werden. S. Entsch. d. ROHG. Bd. 23 S. 84 ff.; Dernburg § 98 Ziff. II.

8) Ob Schadensersatz und Gegenleistung (z. B. ein Kaufpreis) gegeneinander aufgerechnet werden können, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage. S. u. §§ 191 ff.

9) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Die Fristberechnung erfolgt nach den allgemeinen Regeln § 120 eod. (s. bes. §§ 187, 188 BGB.).

10) Es gelten die oben § 151 Note 8 ff. entwickelten Grundsätze. Eine zu kurze resp. grundlos verweigerte Nachfrist führt den Präklusiveffekt des § 326 BGB. nicht herbei. Eine mangelhafte Erkärung kann aber wiederholt, — auch einfach „angemessene Frist“ gesetzt werden. Ja man wird die Setzung einer derartigen nach billigem Ermessen zu bestimmenden Nachfrist unter Umständen auch in der bloßen Ablehnung der Erfüllung ohne Erwähnung der Frist finden können. Arg. § 133 BGB. Ist dann angemessene Zeit nach der Erklärung nicht geleistet, so ist die Leistung nicht mehr zulässig. Aber unbestimmte Beschwerden, bloße Schadensersatzforderung 2c. können die Fristbestimmung nicht ersetzen. Vgl. Dernburg § 98 Ziff. IV.

11) Die Erklärung bindet also auch den nichtsäumigen Theil, wie die meisten Erklärungen dieser Art.

12) Entsprechend oben § 170 I Ziff. 3 lit. a u. b.

13) Für ein Analogon zu § 170 a. a. O. lit. c fehlt hier der Raum.

14) Wie oben § 170 Note 40 ff. Zustimmend fast alle Autoren, während Cosack § 123 Ziff. 7b und § 130 I Ziff. 1b hier wieder die noch nicht bewirkte Gegenleistung in Wegfall kommen lassen will. Wegen eventueller Aufrechnung von Schadensersatz und Gegenleistung gelten die allgemeinen Grundsätze. Vgl. Note 8.

β. Oder er kann vom Vertrage zurücktreten. Dann darf er auch seine Gegenleistung einbehalten oder zurückfordern. Es wird thunlichst Alles wieder in den früheren Zustand versetzt. Schadensersatz findet nicht statt[15]). Die Behandlung im Einzelnen ist wie beim Rücktritt wegen (einer vom Gegner zu vertretenden) Unmöglichkeit der Leistung[16]).

3. Die zuletzt genannten beiden Rechte werden dem nichtsäumigen Theil auch dann zugestanden, wenn er bis zum Ablauf der Präklusivfrist[17]) einen Theil der Gegenleistung erhalten hat[18]). Mit Ablauf der Frist ist diesenfalls nur die Erfüllung des Restes ausgeschlossen, und die nichtsäumige Partei hat die obigen Rechte wie bei theilweiser Unmöglichkeit der Gegenleistung. § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.

a) Demgemäß beschränkt sich, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, der Ersatz zunächst auf den nicht gelieferten Theil der Leistung. Die nichtsäumige Partei darf aber den gelieferten Theil ablehnen, wenn dieser kein Interesse für sie hat[19]), und Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern. Rückgabe und Schadensersatz haben Zug um Zug nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechtes zu erfolgen[20]).

b) Ebenso kann die nichtsäumige Partei bei theilweiser Nichterfüllung für den übrigen Theil von dem Vertrage zurücktreten[21]), und

15) S. o. § 170 zu Note 51.

16) Vgl. § 170 zu Note 47 ff. Also nach Art eines in dem Vertrage vorbehaltenen Rücktrittsrechts.

17) Hatte er schon vor der Fristsetzung oder vor Beginn des Leistungsverzugs eine Theilleistung erhalten und angenommen, so bezog sich die gesetzte Frist sowieso nur auf die ganze Restleistung, und deren Ausbleiben innerhalb der Frist gibt dem nichtsäumigen Theil die Rechte des § 326 Abs. 1 Satz 1 (nicht 3).

18) Da die Gegenleistung nicht weiter geschehen kann, ist die Frage, ob theilweise oder vollständige Nichterfüllung vorliegt, wie bei Unmöglichkeit der Leistung zu beurtheilen. S. o. § 170 Note 43 und § 158 Ziff. 4. Dies ist insbesondere für Qualitätsmängel wichtig. Hier kann je nachdem Theilleistung, vollständige Nichtleistung oder mangelhafte Volleistung vorliegen. A. M. Cosack § 123 III Ziff. 8b, der bei untheilbaren Sachleistungen ausschließlich das letztere annimmt.

19) Dafür ist sie beweispflichtig. Detail wie oben § 170 zu Note 43 u. Cit. — Der nichtsäumige Theil kann aber auch statt dessen dem Gegner eine neue Frist setzen unter dem Präjudiz der Ablehnung, wenn der Rest nicht innerhalb der Frist nachfolgt (also den Fall nach Art der Note 17 behandeln. S. auch Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 26 ff.

20) Arg. § 280 Abs. 2 BGB., auf welchen durch §§ 326 u. 325 Bezug genommen wird. S. die Ausführungen oben § 158 Ziff. 4.

21) In diesem Fall muß sie natürlich einen dem Empfangenen entsprechenden Theil der Gegenleistung bewirken.

wenn das Empfangene für sich allein kein Interesse für sie hat[22]) (gegen dessen Rückgabe) vom ganzen Vertrage[23]).

4. Erhellt schon von vornherein, daß die nachträgliche Leistung für den Gegner kein Interesse hat, so bedarf es bei deren Ablehnung[24]) nicht noch der Gewährung einer Nachfrist. Sondern die Erfüllung kann auf Grund des Verzugs und der erfolgten Ablehnung überhaupt nicht mehr geschehen[25]). Da die Ablehnung hier sofort wirkt, ist sie noch bis zum etwaigen freiwilligen Angebot der Nachleistung rechtzeitig, und kann dieses also verhindern — gleichgültig ob der säumige Theil den Ablehnungsgrund voraussehen konnte oder nicht.

5. Was die Entscheidung zwischen den verschiedenen Rechten der nichtsäumigen Partei angeht[26]), so führt, wie wir gesehen haben, das Begehren der Erfüllung (mit Schadensersatz) noch keinen Verlust der anderen Rechte des nichtsäumigen Theils herbei[27]), wohl aber die Geltendmachung eines dieser Rechte den Verlust des Erfüllungsanspruchs. § 326 Abs. 1 Satz 2 i. f. Die Konkurrenz zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht ist wie in § 170 aufzulösen[28]). Auch kann der säumige Theil den wahlberechtigten nach den dortigen Grundsätzen auf Vollzug der Entscheidung provoziren[29]). Arg. §§ 327, 355 BGB.

§ 172.

4. Besonderheiten bei Fixgeschäften.

Auch bei Fixgeschäften[1]) treten, wenn die geschuldete Leistung nicht zur festbestimmten Zeit bewirkt wird, die erwähnten Rechtsfolgen ein[2]). Nur sind die denkbaren Variationen noch vermehrt.

---

22) S. o. Note 19.
23) Nach Maßgabe bei Note 20 oben.
24) S. o. Ziff. 2 lit. b.
25) Im Streitfall über die Interessefrage hat der Gläubiger, welcher die Leistung nicht mehr annehmen will, den Mangel seines Interesses an derselben zur Zeit der Erklärung zu beweisen. Vgl. o. Note 19. Vermag er dies nicht, so ist die Erklärung wirkungslos. S. Note 10.
26) Schollmeyer § 326 Note 3—4.
27) Näheres über die klageweise Geltendmachung § 255 Abs. 1 CPO. und Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 103. S. aber auch oben § 151 Note 11.
28) S. insbesondere daselbst Note 60 ff. Daraus ergibt sich: das Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ist an sich noch nicht bindend (a. M. Cosack § 123 III Ziff. 3, in Konsequenz seiner oben Note 14 erwähnten Ansicht), wohl aber der erklärte Rücktritt.
29) S. o. § 170 zu Note 64 ff.

1) Vgl. über dieselben oben §§ 156 Ziff. III u. 159 Ziff. I.

1. Im Zweifel[3]) kann die nichtsäumige Partei[4]) vom ganzen Vertrage zurücktreten. § 361 BGB. Indem sie dies thut, zieht sie einfach die Konsequenz aus der hier so wesentlichen Eigenschaft der Leistung in Ansehung der Zeit, und weist sie als Vertragserfüllung zurück. Damit ist die geschuldete Leistung unmöglich geworden, obschon sie vielleicht an sich noch geschehen kann und der Schuldner zu ihrer Bewirkung bereit ist. Da das Zurückweisungsrecht hier auf einer Vertragsklausel beruht, liegt es am nächsten, das Rücktrittsrecht wegen Verspätung als ein für diesen Fall kontraktlich bedungenes zu beurtheilen. S. u. §§ 174 ff. Die Auflösung des Vertrags erfolgt also[5]) auf Grund der Klausel ex tunc, auch wenn Leistungsverzug nicht vorliegt[6]). Hat aber der andere Theil den Grund der Verzögerung nicht zu vertreten[7]), so haftet er nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[8]). § 327 Satz 2[9]).

2. Der nichtsäumige Theil braucht aber von dem vertraglichen Rücktrittsrecht keinen Gebrauch zu machen. Es kann ihm daran liegen, bei dem übrigen Inhalt des Vertrages stehen zu bleiben. Oder die Vertragsauslegung ergibt, daß das Rücktrittsrecht überhaupt nicht gewollt war[10]). — In diesen Fällen kommt es auf die spezielle Sachlage an. Als unmöglich ist hier die Leistung nicht zu behandeln, denn das Ablehnungsrecht fehlt oder es wird eben kein Gebrauch davon gemacht. Dagegen kann

2) Selbst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (s. o. § 169) ist dem Fixgeschäft nicht fremd, wenn nur sonst deren Voraussetzungen vorliegen.

3) § 361 BGB. enthält eine Auslegungsregel, kommt daher nicht zur Anwendung, wenn die Parteien wegen der Rechtsfolgen der Verspätung etwas Anderes bestimmt haben. — Er stellt seine Vermuthung nur für ein Rücktrittsrecht, nicht auch für den wirklichen Rücktritt auf. Der nichtsäumige Theil bleibt in seiner Wahl ganz frei.

4) Gleichgültig, ob nur der Gegner oder auch die nichtsäumige Partei selbst zu einer fix zu bewirkenden Leistung verpflichtet war. Letzteres ist durchaus möglich.

5) Gemäß §§ 346 ff. BGB.

6) Anderseits versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, wenn er selber den Grund der Nichteinhaltung der Leistungszeit zu vertreten hat oder sich im Annahmeverzug befindet, von dem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen kann. Vgl. § 324 BGB.

7) Durch die Vorschrift des § 327 Satz 2 BGB. wird dem Gedanken entgegengetreten, als liege in der Rücktrittsklausel in diesem Falle schon von selbst auch die Uebernahme des Einstehens für alle Zufälle.

8) Ueber den Unterschied von der gewöhnlichen Haftung aus Rücktritt von einem Vertrage (§§ 346 ff. BGB.) s. o. § 170 Note 47 u. 71 ff., § 171 zu Note 16.

9) Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung können aus der Klausel überhaupt nicht hergeleitet werden.

10) S. o. Note 3. — Der Fall, daß die nicht rechtzeitig bewirkte Leistung nach dem Inhalt des Vertrages von selbst (ihrer Natur nach) nicht als Erfüllung angesehen werden kann, ist hier bei Seite zu lassen. S. o. § 170 zu Note 68.

a) die Leistung an sich (thatsächlich) unmöglich geworden sein[11]): dann wirkt die Unmöglichkeit in der gewöhnlichen Weise (§§ 323—325 BGB). Also verschieden, je nachdem sie auf einem von der einen oder anderen Partei zu vertetenden Umstande oder auf Zufall beruht[12]). Letzterenfalls fällt der Vertrag ohne Weiteres zusammen[13]). Ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich oder befand er sich zur Zeit ihres Eintritts im Annahmeverzuge, so hat er die Gegenleistung zu bewirken[14]). Ist der Schuldner verantwortlich, so hat der Gläubiger das bekannte dreifache Wahlrecht[15]). Insbesondere kann er also Schadensersatz verlangen, — aber auch hier von dem Vertrage zurücktreten. Dieses Rücktrittsrecht, welches dem sub Ziff. 1 besprochenen parallel geht, beruht unmittelbar auf dem Gesetz und ist in seinen Existenzbedingungen vom ersteren unabhängig[16]).

b) Ist die Leistung noch möglich, so hat dies besondere Rechtsfolgen nur, wenn sich die säumige Partei im Leistungsverzug befindet[17]). Auch hier kann also der Gegner in Ausübung seines dreifachen Wahlrechts[18]) unter Umständen kraft Gesetzes vom Vertrage zurücktreten[19]), und zwar, wenn die Nachlieferung kein Interesse mehr für ihn hat, auch unmittelbar (ohne Bewilligung einer Nachfrist für die Leistung).

3. Ist bei Handelskäufen bedungen, daß die Leistung des einen Theils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist bewirkt werden solle (Handelsfixgeschäfte), so kann, wenn diese verstrichen sind, Erfüllung überhaupt nicht mehr, sondern nur noch auf Grund einer sofortigen Erklärung des nichtsäumigen Theils[20]) verlangt werden[21]). Der nichtsäumige Theil hat also (ohne

11) S. auch vorige Note.

12) S. über diese verschiedenen Fälle oben § 170 Ziff. I.

13) Soweit der Gläubiger die geschuldete Gegenleistung schon bewirkt hat, kann er dieselbe auch hier nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (konform Note 7—8). § 323 Abs. 3 BGB.).

14) Nach Anleitung des § 324 BGB.

15) S. o. § 170 zu Note 39 ff.

16) Arg. § 325 BGB.

17) Da die Verspätung hier nicht schon allein (wie nach Ziff. 1) wirkt. Arg. § 326 BGB.

18) Vgl. o. § 171.

19) Vgl. lit. a am Ende.

20) Empfangsbedürftige Willenserklärung (oben Bd. I § 88). — Der Grund ist, daß im Handelsverkehr mangels nicht prompter Erledigung regelmäßig auf Erfüllung nicht mehr gerechnet, die Waare vielmehr anderweit beschafft wird.

21) Dadurch wird insbesondere das oben Ziff. 1 u. 2b Gesagte modifizirt.

Rücksicht auf Leistungsverzug des Gegners und Nachweis seines mangelnden Interesses an nachträglicher Lieferung) das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, — im Fall des Leistungsverzuges auch statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren[22]). § 376 Abs. 1 HGB.

4. Geräth bei Fixgeschäften über Lieferung von Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Schuldner vor dem Stichtage in Konkurs, so besteht nur noch ein Anspruch wegen Nichterfüllung. S. § 18 KO.[23]).

C. Gewährleistung für versprochene Veräußerung oder Belastung von Gegenständen.

§ 173.

1. Wer die Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes verspricht[1]), also z. B. zusagt[2]), einem Anderen das Eigenthum einer Sache zu übertragen[3]) oder ihm ein anderes dingliches Recht an dieser Sache zu bestellen[4]), erfüllt nicht sein Versprechen, wenn er dem Anderen nicht auch wirklich das bedungene Recht verschafft, sodaß letzterer den Vertragsgegenstand haben und behalten kann[5]).

---

22) Nach den darüber entwickelten näheren Grundsätzen. Doch wird die Ausführung durch § 376 Abs. 2—4 HGB. erheblich erleichtert.

23) Es sei denn, daß der Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln wäre. Abs. 3 daselbst. Auf das Detail der Schadensberechnung (Differenzforderung) einzugehen, ist hier nicht der Ort.

1) Scil. in einem Schuldvertrage und zwar (vgl. §§ 168 ff.) einem gegenseitigen, also entgeltlich! Ueber die Begriffe der Veräußerung und Belastung s. o. Bd. I § 74 (zu Note 15 ff.). — Danach ist die Verpflichtung zu der Veräußerung und Belastung von dieser selbst wohl zu unterscheiden. Der Schuldvertrag enthält nur die Verpflichtung (nicht die betr. Verfügung selbst). Indeß kann der Vertrag ein sog. Realgeschäft sein (s. o. Bd. I § 86 Note 9, § 89 zu Note 32), z. B. Handkauf. Dann fallen Schuldvertrag und dinglicher Vertrag in einem einzigen Akt zusammen und die Regeln des Textes gelten für's Ganze. Aber sie gelten auch dann nur als Bestandtheile des Zweckgeschäfts, das in dem Ganzen steckt (des Kaufs), nicht als Bestandtheile der Zuwendung (der Tradition der Kaufsache ꝛc. §§ 929 ff. BGB.). Der Handkauf ist Kauf, trotzdem er zugleich dinglicher Vertrag ist. S. § 211 Ziff. 2. Daher ist es verwirrend, wenn z. B. bei Planck § 445 BGB. Note 2 gesagt wird, die Gewährleistungsregeln „beschränkten sich nicht auf obligatorische Verträge".

2) Z. B. durch Kauf, Tausch, Leistung an Erfüllungsstatt, Einbringen in eine Gesellschaft, Zuweisung bei der Theilung oder bei einem Vergleiche oder durch unbenannte Verträge, wobei die Gegenleistung in Handlungen oder Unterlassungen besteht. (Wegen des Erfordernisses der Entgeltlichkeit des Vertrages s. auch unten bei Note 9).

3) Oder ein sonstiges Recht abzutreten, z. B. eine Forderung.

4) Hierhin gehört also die Bestellung von Dienstbarkeiten, Erbbaurechten, Erbpachtrechten, Reallasten, Verpfändungsverträge jeder möglichen Art.

5) Nur auf diesen Effekt: das Haben und Behaltenkönnen (habere licere)

Ist der Versprechende zu dieser Rechtsverschaffung nicht im Stande, z. B. weil ihm der Vertragsgegenstand nicht gehört, so liegt Nichterfüllung vor, für die der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen haftet[6]). Die Haftung wirkt vorzugsweise nach den Regeln des § 283 BGB. oder des Leistungsverzuges; stellt sich die definitive Unmöglichkeit der Erfüllung heraus, nach deren Regeln. Meist hat übrigens der Schuldner hier scheinbar erfüllt, d. h. zunächst den Vertragsgegenstand thatsächlich geleistet. Wird letzterer dann dem Empfänger entwährt[7]), so hat der Schuldner dafür aufzukommen: er haftet auf Gewährleistung. Die Gewährleistung ist an sich betrachtet nichts anderes als die Verpflichtung aus dem Schuldverhältniß: sie geht also auf Nachholung des Versäumten, soweit eine solche (z. B. durch Lieferung einer anderen Sache) noch möglich ist; andernfalls involvirt sie den Anspruch des Gegners auf das Erfüllungsinteresse resp. die sonstigen Rechte des Gläubigers aus der Nichterfüllung[8]).

Aber die unterschiedslose Anwendung der allgemeinen Grundsätze ginge hier vielfach zu weit. Einer entschiedenen Abschwächung bedarf sie bei unentgeltlichen Geschäften. Denn hier will man meistens nur geben, was man selbst hat[9]). Aber auch bei entgeltlichen Geschäften ist zu unterscheiden, aus welchem Grunde die Entwährung erfolgt; ob der Grund vor oder nach dem Vertragsabschluß, und letzterenfalls unabhängig vom Willen des Veräußerers eintritt u. s. w. Es bedarf also einer Spezialregelung dieser Materie für die in Rede stehenden Geschäftskreise, d. h. selbstredend Schuldverträge, die auf entgeltliche Veräußerung oder Belastung von Gegenständen gerichtet sind. Es handelt sich um Kauf und kaufähnliche Geschäfte[10]). Das Gesetz hat

---

sahen regelmäßig die Römer. Vgl. l. 11 §§ 2, 18, l. 30 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 25 § 1, l. 80 § 1 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 16 § 1, l. 24, 29, § 1, l. 57 pr. § 1 Dig. de evict. 21, 2. Wir verlangen die Rechtsverschaffung selbst. Vgl. §§ 433 ff., 445 BGB. Doch genügt es regelmäßig, daß der Erwerber das Recht nach den Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs a non domino (s. o. Bd. I § 71 zu Note 13 ff.) behält. S. für den Fall des Kaufs unten § 211 Ziff. 3, §§ 218 ff.

6) S. o. §§ 157, 158 ff., 166 Note 22 ff., 169 ff.

7) Es kommt darauf an, ob der Gegenstand ohne weitere Aufopferung von Seiten des Erwerbers in dessen Vermögen verbleibt. Erwerb durch Schenkung, Vermächtniß, Erbgang vom wahren Berechtigten schließt die Gewährleistungspflicht aber auch nicht aus, weil der Erwerbspreis fruchtlos aufgewendet ist.

8) Also auf Gelderſatz (oben § 151), sei es wegen der Verspätung oder vollständigen Nichterfüllung, Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage (§§ 170 ff.) 2c.

9) Die Gewährleistung bei der Schenkung (§ 523 BGB.), Ausstattung von Kindern (§ 1624), beim Vermächtniß (§ 2182) 2c. ist daher nur an den entsprechenden Stellen zu behandeln.

10) S. o. Note 2. Für Tausch, Hingabe an Erfüllungsstatt und Zuweisung

die betreffenden Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht beim Kaufe gegeben und sich im Uebrigen darauf beschränkt, eine entsprechende Anwendung dieser Regeln vorzuschreiben[11]). §§ 433 ff., 445 BGB.[12]) Dem schließen wir uns an[13]). Hier ist nur der Zusammenhang mit der allgemeinen Vertragslehre zu erläutern[14]).

Danach handelt es sich bei der Gewährleistung stets im Grunde nur um Folgen der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages von Seiten einer Partei[15]). Z. B. ist die Gegenleistung noch nicht bewirkt, so hat der Erwerber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320 ff. BGB.). Andernfalls hat er die Rechte aus Verzug des Gegners oder der zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§§ 325, 326 BGB.), oder wenn der Grund der Entwährung ausnahmsweise nicht zu vertreten ist, die Rechte aus § 323[16]). Dies wird durch § 440 Abs. 1 (445) BGB. bestätigt. Die Sondervorschriften beziehen sich hauptsächlich auf richtige Begrenzung der Gewährpflicht.

2. Wesentlich anderen Charakter hat die Gewährleistung für Sachmängel. Diese Mängel sind physischer Natur, und die Gewährleistungspflicht beschränkt sich demgemäß auf Sachen. Hier aber trifft sie wiederum den Fall versprochener Veräußerung oder der Belastung[17]) der Sache[18]). Nur läßt sich hier nicht immer sagen, daß der Verpflichtung zur Veräußerung ꝛc. nicht genügt sei, wenn die versprochene Sache mit Mängeln geliefert wird. Es kommt auf die Um-

---

bei der Theilung wird die entsprechende Anwendung der Kaufregeln auch im Allgemeinen verfügt (s. §§ 365, 515, 757 BGB). Für die Gewährleistungspflicht enthält § 445 die — viel weiter gehende — Gleichstellung.

11) Es muß ein Austausch des Gegenstandes gegen ein Aequivalent erfolgen. — Zwar kann die Gewährleistungsfrage auch in einem weiteren Sinne, nämlich bei Verträgen auf entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Gütern (s. u. §§ 234 ff.) aufgeworfen werden, und ebenso bei entgeltlicher Benutzung fremder Arbeitskräfte (unten §§ 257 ff.). Doch nimmt die Pflicht hier eine speziellere und zum Theil abweichende Gestalt an. Das Gesetz begnügt sich in dieser Beziehung mit Spezialvorschriften. S. z. B. §§ 541, 651 BGB.

12) Um die betreffenden Vorschriften nicht allzu farblos zu gestalten, — ein Vorwurf, der dem I. Entwurfe des Gesetzes (§§ 370 ff.) mit Recht gemacht wurde.

13) S. u. §§ 218 ff.

14) Wir reden von der Gewährleistung für Mängel im Rechte dessen, der die Veräußerung oder Belastung verspricht.

15) Des Veräußerers ꝛc. S. o. §§ 169 ff.

16) Ebenso kann § 324 Anwendung finden, wenn der Erwerber den Grund der Entwährung zu vertreten hat u. s. w.

17) Wie oben bei Note 1. — Allerdings wird auch für faktische Mängel einer zum Gebrauch überlassenen Sache gehaftet, aber nach besonderen Grundsätzen. Ebenso für angefertigte Sachen (Werklieferung). S. §§ 537 ff., 633 ff., 651 BGB. u. unten bei Miethe ꝛc. und Werklieferung.

18) Auch hier sind also Schuldverträge gemeint, die auf die Veräußerung oder Belastung gerichtet sind.

stände an, ob gerade diese Sache, oder eine Sache bestimmter Art und Güte überhaupt zu liefern war, oder ob sonst (z. B. durch gegebene Zusicherungen) gegen die Vertragspflicht verstoßen ist. Demgemäß ist die Gewährleistungspflicht hier überhaupt nicht einheitlich [19]). Ferner kommen nicht alle Mängel in Betracht, die eine Sache haben kann, sondern nur solche, die den Werth oder die Tauglichkeit der Sache zum Gebrauche des Erwerbers beeinträchtigen, ferner das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften u. s. w. So verliert sich die Regelung in das Detail. Für eine allgemeine Betrachtung sind

a) zunächst wieder auszuscheiden unentgeltliche Geschäfte, weil der Versprechende hier regelmäßig die Sache nur so geben will, wie er sie selbst hat [20]).

b) Was die entgeltlichen Verträge auf Veräußerung oder Belastung angeht, so gibt das Gesetz für diese genauere Regeln bei dem Kauf, die es dann wiederum auf die genannten anderen kaufähnlichen Geschäfte anwendet [21]). §§ 459 ff., 493 BGB. Im Allgemeinen ist hiernach zwischen mangelhaften Vollleistungen und völliger oder theilweiser Nichterfüllung des Vertrages [22]) zu unterscheiden. Soweit Nichterfüllung vorliegt, hat der Erwerber im Allgemeinen die daraus entspringenden Rechte, wenngleich mit mancherlei nothwendigen Modifikationen. Ist Vollleistung anzuerkennen, so wird für die Mängel der Sache, soweit sie erheblich sind, Gewährleistung nach eigenen Grundsätzen im Rahmen der Billigkeit verfügt. Dies gilt insbesondere für Mängel, die beim Vertragsschluß nicht zur Sprache kamen [23]) und, wie so häufig, beiden Parteien verborgen geblieben sind [24]). Ging der Vertrag hier auf die bestimmte Sache [25]), so hat der Verkäufer durch Lieferung dieser Sache zweifellos seine Vertragspflicht erfüllt. Aber die Billigkeit verlangt bis zu gewissem Umfang ein Einstehen für den

19) S. über die verschiedenen Gewährleistungsansprüche unten § 222.

20) S. o. Note 9. Auf die Spezialvorschriften für Schenkung, Ausstattung, Vermächtniß (§§ 524, 1624, 2183 BGB.) 2c. ist daher erst an den entsprechenden Stellen einzugehen.

21) Wie oben bei Note 10.

22) In dem bekannten früheren Sinne. S. o. §§ 169 ff.

23) Also insbesondere hinsichtlich deren vom Veräußerer keine besondere Zusicherung gemacht ist.

24) Bei Arglist des Veräußerers (Verheimlichung der Mängel) verstößt dieser zweifellos gegen die Vertragspflicht. Hinsichtlich der Mängel, die der Erwerber kennt, kann von einem Einstehen des Gegners nicht weiter die Rede sein.

25) Anders bei Gattungsgeschäften, wo regelmäßig eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern ist. S. o. § 147.

Mangel. Trifft der Nachtheil doch eine Partei, so ist es gerechter, ihn dem Veräußerer, der die Sache schon besaß, eher zur Last zu legen, als dem Erwerber, dem sie ganz fremd war. Es handelt sich hier nur um eine billige Ausgleichung der Interessen beider Theile[26]). Näheres unten §§ 220 ff.

III. Besondere Verabredungen.

A. Bedungener Rücktritt vom Vertrage*.

§ 174.

1. Begriff und Wirkungen des Rücktrittsrechts.

1. Häufig verabreden die Parteien ein Rücktrittsrecht von dem geschlossenen Vertrage[1]). Dies kommt bei einseitigen wie bei gegenseitigen Verträgen vor. Der Grund kann sein, daß eine Partei sich den endgültigen Entschluß noch vorbehalten will[2]) und sich deshalb den Rücktritt offen hält[3]), — eventuell gegen Erlegung eines Reugelds (§ 359 BGB.)[4]). Viel häufiger aber wird der Rücktritt bedungen für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Es will dann auch der Gegner nicht leisten resp. von seiner Verpflichtung loskommen[5]). Bei gegenseitigen Verträgen knüpft dies

---

26) Weil der Veräußerer den Mangel selbst nicht kennt, so fällt die Verpflichtung zum Einstehen dafür auch nur in eigenthümlich beschränktem Umfang auf ihn zurück. S. Crome im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 138.

*) Vgl. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, Heft 2: Die Reuverträge (1879); Bechmann, Kauf Bd. 2 (1884) S. 487 ff.; Strohal, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 367 ff.; Hruza im sächs. Archiv Bd. 5 S. 70; Stammler S. 129; Dernburg §§ 107—110; Endemann I § 148; Cosack § 112; Mathiaß I §§ 90—91; Enneccerus I §§ 187 ff.

1) Ueber gesetzliche Rücktrittsrechte s. schon oben §§ 168 ff. u. Bd. I § 78 Note 5 (clausula rebus sic stantibus).

2) Vielleicht nur für gewisse Eventualitäten, sodaß das Rücktrittsrecht an deren Eintritt geknüpft wird. Von dieser Art war die röm. Klausel der in diem addictio (tit. Dig. de in diem 18, 2), wonach es gestattet ist, vom Vertrage zurückzutreten, wenn von einem Dritten ein besseres Angebot erfolgt. Dies verbindet sich dann meist mit einem Vorkaufsrecht (s. u. § 228) des ersten Kontrahenten, damit dieser in das bessere Gebot eintreten und sich dadurch das Vertragsobjekt erhalten kann.

3) Einfacher Reuevertrag. Vgl. das röm. pactum displicentiae (l. 6 Dig. de resc. vend. 18, 5; l. 3 Dig. quib. mod. 20, 6 etc.).

4) Arrha poenitentialis, Wandelpön. Vgl. l. 17 Cod. de fide instrum. 4, 21 und weiter unten § 176.

5) Verabredung der sog. lex commissoria oder kassatorischen Klausel, auch Verwirkungsklausel genannt, weil der Gegner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeiten aus demselben nicht erfüllt. Vgl. röm. tit. Dig. de lege comm. 18, 3 und Burckhard im civ. Archiv Bd. 51 S. 151 u. 289.

unmittelbar an das oben §§ 168 ff. Gesagte an. Die Parteien begnügen sich nicht mit dem gesetzlichen Maß der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, wonach ein Rücktrittsrecht gewöhnlich an das Einstehen des Gegners für Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug geknüpft ist[6]), sondern sie wollen ein freies Rücktrittsrecht[7]) sobald der Gegner nicht in der bedungenen Art leistet[8]). Vgl. § 360 BGB. Was dazu gehört[9]) richtet sich nach dem Inhalt des Vertrages. Der Fall des Fixgeschäftes (§ 361 eod.) ist schon erwähnt[10]).

2. Der Rücktrittsberechtigte braucht von der Klausel keinen Gebrauch zu machen. Sie ist für ihn ein Recht, — bestimmt nicht seine Rechtslage in zwingender Weise. Die Auflösung des Vertrags tritt daher auf Grund der Rücktrittsklausel niemals von selbst ein. Vielmehr bedarf es dazu einer besonderen Rücktrittserklärung. Diese ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der rücktrittsberechtigten Partei an den Vertragsgegner[11]). § 349 BGB. Sie ist unwiderruflich[12]). Unterbleibt die Erklärung oder ist sie im gegebenen Falle nicht zulässig[13]), so bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften[14]).

3. Hiermit ist der Hauptunterschied unseres Rücktrittsrechts von einer Resolutivbedingung bezeichnet. Die Rücktrittsklausel wirkt nie von selbst. Anderseits könnte man sagen, die Auflösung des Vertrags

---

6) Und letzterenfalls auch regelmäßig noch an den Ablauf einer Nachfrist für die Leistung. § 326 BGB.

7) Im Fall des Rücktritts treten dann also die Rechte aus der Klausel an Stelle der gesetzlichen Rechte aus gegenseitigen Verträgen (oben §§ 169 ff.). Uebrigens sahen wir, daß das Rücktrittsrecht, soweit es gesetzlich gewährt wird, inhaltlich dem vertragsmäßigen fast gleichsteht. Der Hauptunterschied liegt in den Voraussetzungen des Rücktritts.

8) S. jedoch unten § 175 Ziff. 2b u. c.

9) Sowohl was und inwiefern er leisten muß, als auch ob der Rücktritt nicht an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, z. B. an schuldhafte Nichtleistung u. dgl. — Ueberhaupt sind die gesetzlichen Vorschriften über das vorbehaltene Rücktrittsrecht (§§ 346 ff. BGB.) keineswegs zwingende. Die Rücktrittsklausel hat Spielraum soweit wie alle Schuldverträge. Zwingende Vorschriften finden sich im Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 über die Abzahlungsgeschäfte. Danach ist z. B. verboten auszumachen, daß, wenn der Verkäufer wegen unterbliebener Theilzahlungen zurücktritt, die bisher geleisteten Theilzahlungen verfallen sollen.

10) S. o. § 172.

11) S. o. Bd. I § 88. Im Uebrigen kann die Erklärung formlos geschehen. — Durch die Einseitigkeit des Rücktritts ist auch der Unterschied von einer Vertragsaufhebung durch sog. contrarius consensus der Parteien gegeben (die unter dem allgemeinen Grundsatz aller Verträge steht). S. u. § 181 gegen Ende.

12) S. darüber schon § 170 zu Note 62.

13) Vgl. unten § 175.

14) Also z. B. in gegenseitigen Verträgen bei den Regeln der §§ 169 ff. S. schon die Ausführungen über Fixgeschäfte § 172 Ziff. 2.

sei auf die Bedingung der Rücktrittserklärung gestellt[15]). Aber auch damit wäre das Wesen des Rücktrittsrechts nicht getroffen. Dasselbe kann den bezeichneten Sinn haben: es kann nach den Regeln der Resolutivbedingung gewollt sein[16]), ja manche Gesetze haben die Rücktrittsklausel in diesem Sinne aufgefaßt[17]). Unser Gesetz hat sich bei der breiten Ausdehnung, die es in §§ 346 ff. dem Rechtsbehelf gegeben hat, mit Recht für die schwächere Wirkung entschieden. Die Resolutivbedingung führt mit ihrem Eintritt die beabsichtigten Rechtswirkungen von selbst herbei[18]). Ist dies gewollt, so liegt unser Rücktrittsrecht nicht vor. Die Bedeutung des letzteren liegt auf dem Gebiet der Schuldverträge. Die Ausübung des Rücktrittsrechts erzeugt immer blos ein Schuldverhältniß auf Rückgewähr[19]). § 346 BGB.

4. Hierdurch wird auf der anderen Seite nicht ausgeschlossen, daß die Rückgewähr so zu geschehen hat, wie wenn der ursprüngliche Vertrag zwischen den Parteien nicht geschlossen worden wäre. Also ex tunc! Obligatorische Wirkung und Rückwirkung sind sehr wohl vereinbar. S. z. B. § 159 BGB. Im vorliegenden Falle geht der Sinn des Rücktrittsrechts aus dem Inhalt der §§ 346, 347 BGB. unzweifelhaft hervor. Der Rücktritt bezweckt wirthschaftlich eine völlige Beseitigung der Geschäftswirkungen[20]): jede Partei kann verlangen, daß der frühere Zustand wiederhergestellt werde. In diesem Sinne erzeugt die Ausübung des Rücktritts für beide Parteien neue Rechte. Nämlich

a) soweit aus dem ursprünglichen Vertrage schon geleistet ist, ein

---

15) Möglicherweise daneben auch noch auf andere Bedingungen. S. o. Note 2 und Bd. I § 100 Note 2.

16) Das Erforderniß der (willkürlichen) Parteierklärung ist nach Bd. I § 97 zu Note 8 ff. kein Hinderniß. — Die Resolutivbedingung beschränkt sich nicht auf Schuldverträge.

17) Sie war in der That so gemeint bei der lex commissoria des röm. Rechts (vgl. l. 1, 4 pr., 5 Dig. h. t. 18, 3); in Art. 1183 ff. Code Nap. und bei der addictio in diem (s. o. Noten 2 u. 5).

18) S. o. Bd. I § 100 Ziff. II. Eine bedingte Verfügung wird ipso iure rückgängig. S. das. Note 3.

19) Daß dieses Schuldverhältniß gegebenenfalls durch Vormerkung des Rücktrittsrechts im Grundbuch dinglich gesichert werden kann (Dernburg § 107 Ziff. IV), ist nichts, was es von anderen Schuldverhältnissen unterscheidet. S. o. Bd. I § 132 Ziff. II.

20) Nicht gilt blos das Zweckgeschäft (oben Bd. I § 74 i. f.) als durch den Rücktritt zusammengefallen, während die Zuwendung als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners der Rückforderung unterliegt (vgl. daselbst § 80 Note 12). Ueber den Unterschied des Anspruchs aus Rücktritt von der condictio ex causa finita s. schon § 170 Note 47, § 171 Note 16. Die letztere ginge nach der Parteiabsicht regelmäßig nicht weit genug.

Schuldverhältniß auf Rückgabe resp. Wiederherstellung des früheren Zustands (Anspruch);

b) soweit noch nicht geleistet ist, gegen die ursprünglichen Verpflichtungen eine Einrede[21]. —

Uebrigens bedarf es kaum der Erörterung, daß auch in dieser Hinsicht die Parteien ein Anderes bestimmen, also den „Rücktritt" blos für die Zukunft (ex nunc) ausbedingen können[22]. Thun sie dies, so liegt aber wieder unser Rücktrittsrecht nicht vor; vielmehr hat die Verabredung eine Kündigung zum Gegenstande[23].

5. Der Rücktritt bewirkt also zunächst, daß keine weitere Erfüllung der ursprünglichen Vertragsverpflichtungen verlangt werden kann. Die bereits bewirkten Leistungen sind rückgängig zu machen. Darauf gehen besondere Schuldverhältnisse[24] mit neuem Inhalt (auf Rückgewähr). Bestehen beiderseits solche Verpflichtungen, so werden sie nach Art von Leistung und Gegenleistung in einem gegenseitigen Vertrage behandelt[25]. Die Rückleistungen haben also Zug um Zug zu erfolgen. § 348 BGB. Jede Leistung kann bis zur Bewirkung der anderen einbehalten werden; die klageweise Verfolgung führt zur Zug- um Zugverurtheilung[26]. Bei Verzug oder Unmöglichkeit der Rückgabe ist eventuell Schadensersatz zu leisten[27]; in einigen Fällen folgt daraus ein Verlust des Rücktrittsrechts nach selbständigen Grundsätzen[28]. Im Uebrigen ist das Detail folgendes:

---

21) Unzutreffend redet Cosack § 112 Ziff. 5a von einem Erlöschen der Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage.

22) Dies kann sich als gewollt auch aus den Umständen ergeben, z. B. eventuell bei Miethe, Pacht, Auszugsverträgen, da die Rückwirkung hier nur Komplikationen herbeiführen würde. S. auch Dernburg § 107 i. f.

23) Falsa demonstratio non nocet. S. § 133 BGB. Dies ist die richtige Auflösung des bei Dernburg a. a. O. aufgeworfenen Problems. — Das Gesetz spricht, wo es ein Rücktrittsrecht von einem Vertrag blos für die Zukunft gewährt, von Kündigung. S. z. B. §§ 542—544, 605, 649 BGB.

24) Daher ist die Verjährung der betreffenden Ansprüche die gewöhnliche (30 Jahre), trotzdem die Verjährung der Vertragsansprüche möglicherweise eine kürzere war.

25) Mag auch der ursprüngliche Vertrag von anderer Art gewesen sein.

26) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320, 322 BGB.) wird anologisch angewendet.

27) Es war nicht daran zu denken, auch die §§ 323—326 BGB. auf die wechselseitige Rückleistungspflicht zur Anwendung zu bringen. Denn ein danach eintretender Wegfall der Rückleistungen käme dem Verlust des Rücktrittsrechts selbst gleich.

28) Es ist einleuchtend, daß wer von diesem Recht Gebrauch macht, vor Allem selbst prompt zurückgeben muß, widrigenfalls der Rücktritt unzuläßig erscheint. Jedoch wird dies aus Rücksichten der Billigkeit nicht ganz durchgeführt. S. u. § 175. Ist der Gegner des Zurücktretenden durch Zufall gänzlich befreit, so ist das Rücktrittsrecht illusorisch geworden, da man doch nichts zurückerhält.

a) Soweit das Empfangene noch vorhanden ist, hat die Rückgabe in Natur zu erfolgen. Abgesehen davon sind

α. geleistete Dienste oder sonstige in Natur nicht zurückzugewährende Nutzungsvortheile nach dem gewöhnlichen Werth, eventuell — falls im Vertrage dafür eine Vergütung in Geld angesetzt war — in Höhe dieser Vergütung zu erstatten. § 346 BGB.

β. Andere Gegenstände stellen, wenn sie nicht mehr vorhanden und vom Rückleistungspflichtigen nicht wiederzuverschaffen sind, eine unmögliche Rückleistung dar[29]). Dies wird insbesondere bei unwiederbringlich veräußerten oder untergegangenen Sachindividuen zutreffen. § 347.

b) Bei einer derartigen Unmöglichkeit der Rückgabe[30]), welche auch in einer entsprechenden Verschlechterung[31]) der rückzuleistenden Gegenstände liegen kann, — ebenso in Ansehung der Rückvergütung von Nutzungsvortheilen wird der Empfänger so behandelt, als wären die betreffenden Ansprüche schon mit Empfang der Leistung rechtshängig geworden. § 347 BGB. Der Empfänger haftet also nach den dafür geltenden strengeren Rechtsgrundsätzen[32]). D. h. für ordnungsmäßige Behandlung des Empfangenen von Anfang an, z. B. für sorgfältige Aufbewahrung, Erhaltung und Nutzung[33]) der Gegenstände vom Augenblicke des Empfangs[34]) (nach Art des Besitzers einer Sache, der mit dem Eigenthumsanspruche verfolgt wird, vgl. §§ 987, 989 ff. BGB.). Ebenso hat er Geldsummen von dem Empfang an zu verzinsen[35]). Umgekehrt hat der Empfänger seinerseits Ansprüche wegen Verwendungen auf die erhaltenen Gegenstände wie ein Leistungspflichtiger im gleichen Falle[36]).

---

29) Wenn auch häufig nur eine subjektiv unmögliche Rückleistung. Zwischen den verschiedenen Arten der Unmöglichkeit ist hier sowenig wie oben § 158 zu unterscheiden.

30) Soweit sie nicht nach den Grundsätzen des folgenden Paragraphen den ganzen Rücktritt ausschließt.

31) Diese ist gegebenenfalls einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung gleichzuachten. § 347 BGB. stellt mit Recht die Fälle gleich.

32) S. o. § 160 Ziff. 2b bes. Note 8ff. (vgl. Bd. I § 129 Note 17ff.).

33) Für die gewonnenen und die gewinnbaren Nutzungen. S. o. Bd. I § 69 Noten 17, 21.

34) Wird das Rücktrittsrecht erst nachträglich (nach dem Empfang) bedungen, so erst von der Beredung des Rücktrittsrechtes an, während für die frühere Zeit nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder den sonstigen allgemeinen Vorschriften (oben § 170 Note 47) einzustehen ist. — Ebenso, soweit kein Verschulden in der Behandlung des Empfangenen vorliegt.

35) Nach Analogie der Prozeßzinsen. S. o. § 160 Ziff. 2a.

36) S. o. § 160 Note 14ff. u. Cit.

§ 175.

2. Zulässigkeit des Rücktritts.

Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts entscheidet in erster Linie die Parteivereinbarung[1]). Es gibt aber auch gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit in gewissen Fällen[2]), die einer besonderen Erläuterung bedürfen. Das Gesetz unterscheidet

1. Fälle, in denen der Rücktritt ausgeschlossen ist. D. h. er kann dann nicht erfolgen, ist also, wenn dennoch erfolgt, ungültig[3]), sodaß es beim ursprünglichen Vertrage verbleibt. Hierher gehört:

a) Wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang, die wesentliche Verschlechterung[4]) oder eine sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der von ihm selbst zurückzugewährenden Gegenstände verschuldet hat. § 351 BGB. Es ist schon erwähnt, daß beim Obschweben des Rücktrittsrechts das Empfangene ordnungsmäßig zu behandeln ist[5]). Vor Allem gilt dies für den Rücktrittsberechtigten selbst. Es ist nicht mehr als gerecht, daß er im Zuwiderhandlungsfalle sein Rücktrittsrecht verliert[6]). Dem eigenen Verschulden des Rücktrittsberechtigten wird auch hier das derjenigen Personen gleichgestellt, deren Handlungen der Rücktrittsberechtigte zu vertreten hat[7]).

Ist die Unmöglichkeit nur eine zufällige, so schließt sie das Rücktrittsrecht nicht aus. Der Rücktrittsberechtigte soll dadurch nicht leiden. § 350 BGB.[8]). Er darf also, obschon er selbst nichts zurückgibt, seine eigene Leistung zurückfordern. Bei Geschäften mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht trägt also der Gegner des Rücktrittsberechtigten immer die Gefahr[9]).

---

1) S. § 174 Note 9.

2) Auch diese kommen übrigens nur mangels anderweitiger Parteifestsetzung zur Anwendung.

3) Vgl. o. Bd. I § 80 zu Note 16.

4) Auch den Untergang eines erheblichen Theiles des Empfangenen.

5) S. § 174 Note 32 ff.

6) Vgl. dazu Eck in den Festgaben für Beseler (1885) S. 161.

7) Nach den Grundsätzen oben § 157 Ziff. II.

8) Dort ist nur vom Untergang die Rede. Dies ist um so mehr auf Verschlechterung der zurückzugebenden Objekte 2c. zu übertragen.

9) In dem oben § 168 Note 13 ff. besprochenen Sinne: also daß er für seine Leistung nichts bekommt. Und dies sogar noch nach vollständiger beiderseitiger Erfüllung des ursprünglichen Vertrages. Es wird auch nicht unterschieden, ob der Gegenstand in der betreffenden Zeit bei dem Gefahrtragenden ebenfalls

Wer das Rücktrittsrecht ausüben will, hat selbstverständlich zu beweisen, daß die Unmöglichkeit der Rückgabe, in der er sich befindet, nicht auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht[10]).

b) Verwandt hiermit ist der Fall, da der Rücktrittsberechtigte, sein gesetzlicher Vertreter oder Gehülfe[11]) eine empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung (ganz oder zu erheblichem Theil) in eine Sache anderer Art umgestaltet hat und daher nicht in der alten Weise zurückgeben kann[12]). § 352 BGB.

c) Aehnlich liegt der Fall, wenn der Rücktrittsberechtigte über den empfangenen Gegenstand verfügte[13]) und ihn zur Rückgabe nicht wiedererlangen kann. Es liegt nahe zu sagen, daß auch diese Verfügung unbedingt zu vertreten sei, also den Rücktritt ausschließe. Indessen ist denkbar, daß der Rücktrittsberechtigte nach Lage der Sache darauf rechnen konnte, den Gegenstand rechtzeitig wiedereinzulösen[14]). Es werden daher die bei lit. a und b entwickelten Grundsätze auch auf diesen Fall übertragen. D. h. nicht schon durch die Verfügung selbst, sondern lediglich durch verschuldete Unmöglichkeit der Rückgabe zur Rücktrittszeit oder durch eine die Rückgabe verhindernde Umgestaltung der Sache wird der Rücktritt ausgeschlossen, wobei die Handlungen des dritten Erwerbers der zurückzugebenden Gegenstände den Handlungen des Rücktrittsberechtigten gleichstehen[15]). Somit ergibt sich in diesen Fällen ein Ausschluß des Rücktrittsrechts

α. bei einfacher Aufgabe der Restitutionsobjekte[16]), wenn sie verschuldet ist[17]). § 351;

---

untergegangen wäre, oder nicht. (Die Bestimmung wurde von der röm. a. redhibitoria entlehnt. Vgl. l. 31 § 11, l. 38 § 3, l. 44 § 2, l. 47 § 1, l. 48 Dig. de aedil. ed. 21, 1. Aber dort hatte der Gefahrtragende eine fehlerhafte Sache geliefert, also den Anlaß zur Vertragsauflösung gegeben, was hier keineswegs nothwendig der Fall ist. Ueber die Billigkeit der Textsätze läßt sich daher streiten. Wer ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht bewilligt, wird gut thun, den § 350 vertraglich auszuschließen.)

10) Kann er dies nicht, so ist der erklärte Rücktritt ungültig. S. auch Dernburg § 108 Ziff. VII.

11) S. o. Note 7 u. Cit.

12) Vgl. über die Umgestaltung § 950 BGB. u. unten das Sachenrecht. Diese facta propria sind unbedingt zu vertreten.

13) Wirklich verfügte (s. o. Bd. I § 74 Note 16), nicht blos sich zu einer solchen Verfügung verpflichtete. § 353 setzt voraus, daß ein Dritter den zurückzugebenden Gegenstand erlangt hat.

14) Z. B. die verpfändete Sache rechtzeitig auszulösen.

15) Der dritte Erwerber wird wie eine Art Gehülfe des Rücktrittsberechtigten in Ansehung der Rückgabe der erlangten Gegenstände behandelt. S. o. Noten 7 u. 11.

16) Z. B. Dereliktion, Schulderlaß 2c.

β. bei **Veräußerung** oder **Belastung** des Vertragsgegenstands, wenn darin eine schuldhafte Behandlung desselben gegenüber dem Vertragsgegner liegt und der Rücktrittsberechtigte zur Rücktrittszeit den Dritten nicht zur Herausgabe des Gegenstands bestimmen bezw. dessen Rechte nicht beseitigen kann[18]). Dies zeigt sich oft erst **nach** erklärtem Rücktritt. Ist danach der Rücktritt gültig[19]), so wirkt unter Umständen doch der dadurch bewirkte Verzug der Rücklieferung des Gegenstandes[20]).

Entsprechend ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der **Dritte** den Untergang, die wesentliche Verschlechterung oder eine sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe des veräußerten Gegenstandes **verschuldet**[21]) oder ihn durch Verarbeitung ꝛc. so **umgestaltet** hat, daß die Rückgabe unmöglich ist. Wie der Rücktrittsberechtigte diese Eventualitäten, wenn sie bei ihm selbst vorkommen, zu vertreten hat, so hat er sie auch zu vertreten, wenn sie in Folge seiner Verfügung beim dritten Erwerber vorkommen[22]).

Der freiwilligen Verfügung des Rücktrittsberechtigten werden auch hier diejenigen gleichgestellt, die im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter in einem gegen ihn eingeleiteten Verfahren erfolgen[23]). § 353 Abs. 2.

2. **In anderen Fällen ist der erklärte Rücktritt gültig, aber er wird bei Eintritt gewisser Umstände nachträglich unwirksam**[24]).

---

17) D. h. dem Vertragsgegner gegenüber verschuldet (als Mangel der zu fordernden custodia).

18) Für die Frage des Verschuldens ist **das Verhalten des Rücktrittsberechtigten in Kombination mit dem des Dritten in's Auge zu fassen.** Z. B. wenn dieser sich fügt und zurückweicht, kommt es nicht darauf an, ob die Verfügung an sich leichtsinnig war.

19) Z. B. weil der zurückzuliefernde Gegenstand thatsächlich noch vorhanden aber belastet ist.

20) S. § 354 BGB. u. unten Ziff. 2a. Daraus ergibt sich, daß die Frage der nachträglichen Unwirksamkeit des Rücktrittsrechts in diesem Falle bei entsprechender Behandlung nicht aufgeworfen zu werden braucht. Uebereinstimmend im Resultat **Planck** § 354 Note 2 und **Oertmann** Note 2. A. M. **Schollmeyer** § 353 Note 1. Gegen ihn spricht das in Note 18 Gesagte.

21) Fehlt das Verschulden, so gilt auch in dieser Beziehung das Note 8 ff. Gesagte. Doch darf dem Rücktrittsberechtigten kein selbständiges Verschulden zur Last fallen.

22) Vgl. o. Note 15 u. 18. Auch durch § 353 Abs. 2 wird das Gesagte bestätigt, wenn wir unterstellen, daß der Rücktrittsberechtigte in Folge unverschuldeter Unglücksfälle ausgepfändet wurde ꝛc.

23) Wie in zahlreichen anderen Fällen. S. z. B. Bd. I § 99 Note 10 u. §§ 704 ff., 916 ff. CPO., § 126 ff. KO.

24) Er steht unter ihnen wie unter einer besonderen Bedingung.

a) Hauptfall ist der Verzug des Rücktrittsberechtigten bei Rücklieferung des von ihm selbst Empfangenen (oder eines erheblichen Theiles). § 354. Die Gründe sind die obigen; die abweichende Konstruktion schließt sich nur der veränderten Sachlage an[25]). Der andere Theil braucht sich hier nicht mit Schadensersatz abspeisen zu lassen. Vielmehr kann er dem Rücktrittsberechtigten eine angemessene Frist für die Rückgabe setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne[26]). Erfolgt die Rückgabe dann nicht innerhalb der Frist, so wird der Rücktritt unwirksam.

b) War der Rücktritt für den Fall bedungen, daß der andere Theil seine Verbindlichkeiten nicht erfülle, so ist selbstverständlich das Zutreffen dieser Thatsache Bedingung des Rücktrittsrechts. Hatte der andere Theil zur Zeit des Rücktritts eine zur Aufrechnung[27]) wider die Vertragsschuld geeignete Gegenforderung, so soll es als Erfüllung genügen, wenn er die Aufrechnung unverzüglich[28]) nach dem Rücktritt erklärt[29]). § 357. Die Rücktrittserklärung wird unwirksam, wenn die Gegenforderung zur Tilgung der Vertragsschuld ausreicht[30]).

Den Beweis der Erfüllung hat derjenige zu erbringen, der die Erfüllung behauptet, also den Rücktritt als unwirksam hinstellt. Nur wenn die Leistung in einem Unterlassen besteht, hat der Zurücktretende die stattgefundene Zuwiderhandlung darzuthun. § 358[31]).

c) Ebenso wird auch der Rücktritt gegen Reugeld behandelt, wenn die Erlegung des Reugelds nicht rechtzeitig erfolgt. § 359. Darüber unten § 176.

3. Endlich kann das Rücktrittsrecht durch Zeitablauf er-

---

25) Das Verschulden (§ 285 BGB.) liegt auch in dem oben Note 20 erwähnten Falle vor. Es kann sich aus dem Verhalten des Rücktrittsberechtigten und dritten Erwerbers der zurückzuleistenden Gegenstände zusammensetzen. S. Noten 15, 22.

26) Nach Art des § 326 BGB. Das Detail ergibt sich aus den dortigen Ausführungen. S. o. § 171 Note 9 ff. u. § 151 nach Note 8.

27) S. u. §§ 191 ff.

28) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. Arg. § 121 BGB.

29) Also das bisherige Ausbleiben der Aufrechnungserklärung schadet nicht, da die Erklärung meist in der Voraussetzung unterblieb, daß auch der Gegner unter bewandten Umständen von seinen Gegenrechten keinen Gebrauch machen werde. S. auch unten § 193.

30) Andernfalls bleibt ein noch nicht gedeckter Rest der Hauptforderung übrig, der den Rücktritt rechtfertigt, — es sei denn, daß er zu unbedeutend ist.

31) Im Uebrigen beweist der Zurücktretende selbstverständlich immer sein Rücktrittsrecht und die erfolgte Rücktrittserklärung; es sei denn, daß es der Gegner ist, der sich auf beides beruft, um für sich Rechte daraus herzuleiten.

löschen[32]). Und zwar ohne Weiteres, wenn dessen Ausübung an eine Frist gebunden war. Aber auch abgesehen davon soll es nicht ewig dauern. Das Rücktrittsrecht ist kein Anspruch, wird also von der Verjährung nicht getroffen. Dafür wird dem Gegner des Berechtigten die Befugniß gegeben, für die Ausübung eine den Umständen nach angemessene Frist zu bestimmen[33]), mit deren Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt. § 355 BGB.

4. Für mehrere Vertragsparteien[34]) ist die Ausübung des Rücktrittsrechts eine untheilbare Handlung. Die Ausübung kann also nur von Allen und gegen Alle erfolgen. Geschieht sie anders, so ist sie unwirksam[35]); ist das Rücktrittsrecht für einen Berechtigten erloschen[36]), so ist es für alle erloschen. § 356.

§ 176.

3. Rücktritt gegen Reugeld.

Ist der Rücktritt von einem Vertrage gegen Erlegung eines Reugelds vorbehalten, so kann dies sowohl im oben besprochenen regelmäßigen Sinne, wie als Kündigung gemeint sein[1]). Darüber entscheidet die Vertragsauslegung.

1. Hier ist nur hervorzuheben, daß die Abgangserklärung vom Vertrage in ihrer Wirksamkeit von der rechtzeitigen Erlegung des Reugelds abhängig ist[2]). § 359 BGB. ist auf beide bezeichneten Fälle anwendbar. Doch ist die Erklärung[3]) nicht von selbst un-

---

32) Selbstredend auch durch Verzicht. S. Bd. I § 74 zu Note 19. Davon ist hier nicht zu handeln. Aus § 86 eod. folgt auch, daß der Verzicht gegebenenfalls in einer Erfüllung des ursprünglichen Vertrags gefunden werden kann.

33) Empfangsbedürftige Willenserklärung Bd. I § 88. Ueber die Angemessenheit der Frist und über die Behandlung der Erklärung im Gegenfalle gelten die gewöhnlichen Regeln. S. o. § 151 Note 8 ff. — Es versteht sich von selbst, daß wenn die Ausübung des Rücktrittsrechts vom Eintritt eines Ereignisses abhing, die Fristsetzung vor Eintritt der Bedingung (der präsenten Rücktrittsmöglichkeit) überhaupt nicht erfolgen kann.

34) Seien es die ursprünglichen Parteien oder deren Erben. Mögen sie pro parte oder solidarisch betheiligt sein ꝛc.

35) Erfolgt rechtzeitige Nachholung seitens der Uebrigen, so kann sie noch wirksam werden. Steht fest, daß die Nachholung nicht mehr erfolgen kann, so ist die Erklärung ungültig. Vgl. Ziff. 1 u. oben Bd. I § 80.

36) Dasselbe ist auf Ausschluß und Unwirksamkeit des Rücktritts (oben Ziff. 1 u. 2) auszudehnen, sofern damit ein definitiver Wegfall des Rücktrittsrechtes verbunden ist.

1) Also ex tunc oder ex nunc. S. o. § 174 Note 22 ff.

2) S. o. § 175 Ziff. 2c.

3) Sie kann in der einfachen Erklärung bestehen, das Reugeld zahlen zu wollen.

wirksam, wenn mit ihr nicht zugleich das Reugeld angeboten wird. Sondern es ist Sache des Gegners, aus diesem Grunde die Erklärung zurückzuweisen, und zwar unverzüglich[4]) nach dem Empfange[5]). Wird das Reugeld alsdann noch unverzüglich[4]) entrichtet, so bleibt die Erklärung wirksam[6]).

Der Zurücktretende muß auch hier die Ordnungsmäßigkeit seines Rücktritts beweisen. Die rechtzeitige Zahlung des Reugelds gehört dazu nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner zunächst dargethan hat, daß er mangels Erlegung des Geldes die Erklärung rechtzeitig zurückgewiesen habe[7]).

2. Das Reugeld ist keine Vertragsstrafe[8]), denn seine Zahlung ist nur ein Recht der Partei, keine Pflicht[9]). Von der Draufgabe mit Reuzweck[10]) unterscheidet es sich dadurch, daß es nicht beim Vertragsschluß schon gegeben ist, sondern nur eventuell gegeben werden kann. Der Vertragsschuldner hat die Wahl, ob er die Hauptverbindlichkeit erfüllen oder das Reugeld zahlen will. Doch gilt dies nur für ein willkürliches Abgehen vom Vertrage. Besteht das Recht, von dem Vertrage abzugehen, aus anderem Grunde[11]), so verfällt bei dessen Ausübung das Reugeld nicht.

B. Draufgabe*.

§ 177.

Draufgabe ist eine beim Vertragsschluß dem anderen Theil unmittelbar gemachte und von ihm angenommene Real-

4) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. § 121 BGB.

5) Auch diese Zurückweisung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88.

6) Also sowohl die Rücktrittserklärung, wie die Zurückweisungserklärung sind in ihrer Wirksamkeit bedingt. Erstere in der oben erwähnten Weise, letztere durch die zulässige Nachholung der Entrichtung des Reugelds.

7) Der Nachweis rechtzeitiger (d. i. hier der unverzüglichen Nach-) Zahlung bleibt also der Replik des Klägers vorbehalten. So auch nach der Wortfassung des § 359 BGB. A. M. Dernburg § 110 Ziff. 3.

8) S. u. § 178.

9) Es gilt also nicht das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. ꝛc. Der Ausdruck „Wandelpön", der für das Rücktrittsrecht in diesem Falle vorkommt, ist nur im uneigentlichen Sinne zu nehmen.

10) Arrha poenitentialis. S. § 336 Abs. 2 BGB. u. unten § 177 Ziff. 1. Es gilt also auch nicht die dortige Vermuthung gegen den Reuezweck.

11) Z. B. ein kraft Gesetzes an den Eintritt bestimmter Umstände geknüpftes Rücktritts- oder Kündigungsrecht. — Ebenso wenn die Verpflichtungen aus dem Vertrage ipso iure zusammenfallen.

*) Jagemann, Die Draufgabe (1873); Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 415 ff.; Stammler S. 164; Dernburg § 99; Endemann I § 107; Cosack § 94; Mathiaß I § 88; Enneccerus I § 185.

zuwendung von Geld oder anderen Dingen[1]), die nicht als Schenkung (Handgeschenk) gemeint ist, sondern als Handgeld mit Beziehung auf den gleichzeitigen Vertrag: also mit diesem (als besondere Klausel) in Verbindung steht[2]). Die Klausel selbst hat den Charakter eines Realgeschäfts[3]).

Der Zweck der Klausel kann verschieden sein.

1. Das Handgeld kann als Reugeld gemeint sein (arrha poenitentialis). D. h. es wird dem Vertrag die Abrede hinzugefügt, daß der Geber gegen Verlust des Handgelds vom Vertrage zurücktreten könne[4]).

2. Im Zweifel aber hat das Handgeld nicht diese Bedeutung[5]). § 336 Abs. 2 BGB. Die Hingabe ist nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung keine Abschwächung, sondern eine Bestärkung des Vertrages. Gerade deshalb geht man vom bloßen Wort zu Thaten über[6]). Die Bestärkung ist nun in doppelter Hinsicht möglich.

a) Die Draufgabe soll ein sichtbares Zeichen des Vertragsabschlusses sein. Sie hebt den Abschluß deutlich von den Vorverhandlungen ab. Jede Partei bezeugt durch Geben und Nehmen des Handgelds die vollendete Einigung[7]). So namentlich bei allen formlosen Verträgen. Vgl. § 336 Abs. 1 BGB.

b) Die Draufgabe kann aber auch als materielles Bestär-

---

1) Das BGB. § 336 drückt sich so allgemein wie möglich aus. „Wird ... etwas als Draufgabe gegeben ....". Besteht es in Geld, so spricht man auch wohl von Angeld, Handgeld. Ein allgemeiner Ausdruck ist Arrha, der jetzt für die deutsche Sprache durch Draufgabe ersetzt wird.

2) Nur zuweilen ist das Geben und Nehmen des Handgelds Form des Vertragsschlusses, so in der preuß. Gesindeordnung v. 8. November 1810 § 23 (fortgeltend nach Art. 95 EG.BGB.): „Mieth- oder Dingpfennig". Allgemein war dies die Bedeutung im älteren deutschen Recht, weil dort der formlose Vertrag noch nicht als bindend angesehen wurde, bis er von einer Seite erfüllt war. So ersetzte das Handgeld die Erfüllung (ähnlich wie bei der röm. mancipatio das hingegebene as den Kaufpreis). Die Arrha in diesem Sinne wurde nicht stets auf den Kaufpreis angerechnet, sondern oft geopfert (Gottespfennig) oder vertrunken (Weinkauf). S. Stobbe i. d. Ztschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 221 ff., 240 ff.

3) S. über die Realgeschäfte oben Bd. I § 86 zu Note 9.

4) Aehnlich wie oben § 176.

5) In Uebereinstimmung mit dem ehemaligen gemeinen Recht, dem Preuß. A.LR. (I Tit. 5 § 205) und alten HGB. Art. 285. Anders Code Nap. Art. 1590, 1715.

6) Man spricht daher auch von arrha confirmatoria.

7) Die Hingabe der arrha erfolgt probationis causa. Es liegt darin der Abschluß eines Beweisvertrages für das Hauptgeschäft. (Nicht ganz genau sagt man auch, die arrha sei Beweismittel.) Vgl. schon l. 35 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1 (ut evidentius probari possit, convenisse). Gegenbeweis ist zulässig.

kungsmittel des Hauptvertrages gemeint sein[8]). Dies kommt in folgender Art vor.

α. Sie hat Straffunktion. D. h. um des gegebenen Angelds willen darf vom Vertrage nicht zurückgetreten werden[9]); kommt es aber sonst durch ein vom Geber zu vertretendes Verhalten zur Vertragsaufhebung, so ist das Angeld verloren. Diese Strafnatur hat die Draufgabe neben ihrem Hauptzweck regelmäßig. S. § 338 BGB.[10]).

β. In einer besonderen Anwendung erscheint die Draufgabe bei Vorverträgen[11]). Hier bezweckt sie eine materielle Sicherung für den Abschluß des Hauptgeschäfts, z. B. eines Darlehens oder eines anderen Vertrags auf Rückgabe. Oder wenn für den Hauptvertrag eine Form (schriftliche Abfassung u. dgl.) festgesetzt ist, eine Sicherung für die Beobachtung dieser Form[12]).

3. Die Draufgabe ist hiernach scharf von einer Anzahlung auf die bedungenen Vertragsleistungen zu unterscheiden. Sie charakterisirt sich durch ihren Zweck[13]). Regelmäßig soll das Gegebene in's Eigenthum des Empfängers übergehen. Dieser Effekt wird durch die Uebergabe erreicht[14]).

a) Kommt es zur Erfüllung des Hauptvertrages, so ist die Draufgabe im Zweifel auf die Leistung des Gebers anzurechnen. Daher der Name „Angeld“[15]). Ist die Anrechnung wegen Ungleichartigkeit der beiden Leistungen nicht möglich, so ist das

---

8) Und zwar auch neben ihrem Hauptzweck, ein Zeichen des abgeschlossenen Vertrages zu sein.

9) Wie im Falle Ziff. 1. — Schon die Römer kannten diese Bedeutung der arrha. Vgl. l. 6 pr., l. 8 Dig. de lege comm. 18, 3.

10) Die arrha hat bei uns Beweis- und Straffunktion. Selbstverständlich sind aber diese Bestimmungen nur dispositiv.

11) S. o. § 167 Ziff. II. Man spricht hier auch von einer arrha pacto imperfecto data. Die röm. Auffassung, daß hier der Empfänger der arrha, wenn er den Abschluß des Hauptvertrags verweigert, das Angeld im doppelten Betrag zurückgeben müsse, ist nicht die unsrige, und dies daher im Zweifel nicht anzunehmen.

12) Z. B. die schriftliche Abfassung des Miethvertrags wird ausgemacht und durch Angeld gesichert. Vgl. Bd. I § 87 zu Note 29. — Wegen gesetzlicher Formen des Hauptgeschäfts s. o. § 167 Note 21. Es kommt darauf an, ob die Form im öffentlichen Interesse besteht. Diesenfalls ist ein Zwang auf Beobachtung der Form auch in dieser Gestalt unstatthaft. Daher ist der Verlobungsring Brautgeschenk, nicht arrha in diesem Sinne; anderseits ist er Zeichen des abgeschlossenen Verlöbnisses im Sinne von Ziff. 2a. S. § 1301 BGB.

13) Ob dieser Zweck bei der Hingabe vorlag, ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

14) S. § 929 BGB. u. unten das Sachenrecht. Konsumtion der arrha ist daher regelmäßig keine Unterschlagung.

15) Dies folgt unmittelbar aus dem Ziff. 2 Gesagten. Eine Zugabe zu den bedungenen Vertragsleistungen ist regelmäßig nicht beabsichtigt.

Empfangene zurückzugeben. § 337 Abs. 1. Zurückzugeben ist die Draufgabe (wenn sie nicht Reugeld ist) ferner auch beim Zusammenfallen des Hauptvertrages — mag er nichtig, angefochten, durch zulässigen Rücktritt oder durch Uebereinkunft der Parteien aufgehoben sein. § 337 Abs. 2. Der Rückforderungsanspruch richtet sich nach der Sachlage: nach der Uebereinkunft der Parteien, den Regeln des Rücktrittsrechts[16]) bezw. der Zurückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung[17]).

b) Daneben macht sich dann unter Umständen auch noch die Strafnatur der Draufgabe geltend. Wenn nämlich der Geber nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich dafür ist, daß seine Vertragsleistung unmöglich wurde[18]), oder wenn er durch sein Verschulden die Wiederaufhebung des Vertrages veranlaßte[19]), so darf der Empfänger die Draufgabe behalten. Fordert der Empfänger jedoch (aus den betreffenden Umständen) Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe auf diesen Schadensersatz im Zweifel wieder anzurechnen[20]). § 338.

C. Vertragsstrafe *.

§ 178.

Vertragsstrafe ist eine zum Zweck der Sicherung einer anderen Verbindlichkeit[1]) versprochene Geld- oder sonstige Leistung[2]) für den Fall, daß der Schuldner die Hauptver-

---

16) S. o. § 174.

17) Condictio ex causa finita. S. § 812 ff. u. unten §§ 317 ff. So besonders bei Nichtigkeit des Hauptvertrages.

18) Vgl. o. § 157.

19) Z. B. er gibt durch eigenen Leistungsverzug dem Gegner Veranlassung, nach § 326 BGB. von dem Vertrage zurückzutreten.

20) Resp. wenn dies wegen Ungleichartigkeit der beiden Leistungen nicht möglich ist, zurückzugeben. Auch hier soll regelmäßig der Empfänger nicht Doppeltes erhalten.

*) Vgl. Wendt, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 22 S. 398; Neuenfeld, Ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? (1885); v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe (1891); Pergament, Konventionalstrafe u. Interesse (1896); Sjögrén, Konventionalstrafe u. Strafklauseln der fränkischen Urkunden (1896); Fuld i. Sächs. Archiv f. bürg. Recht Bd. 9 S. 337. — Stammler S. 159 ff.; Dernburg §§ 100—103; Endemann I § 133; Cosack § 93; Mathiaß I § 89; Enneccerus I § 186.

1) Gleichgültig welcher Art und welchen Ursprungs. Gleichgültig ist auch der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit (Geben, Thun, Unterlassen). Sie kann auf eine vermögenswerthe oder nicht vermögenswerthe Leistung gehen (gerade bei letzteren ist die Beredung einer Vertragsstrafe nach I Ziff. 2 unten besonders häufig).

2) Z. B. Leistung einer Sache oder eines anderen Gegenstandes, oder von Arbeit; Verzicht auf ein Recht 2c. Am häufigsten ist Geldzahlung.

bindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllen werde. §§ 339, 342 BGB. In der Verabredung liegt ein materielles Bestärkungsmittel der Hauptschuld, wie es unter Umständen auch die Draufgabe enthält[3]). Die Strafe soll bei vertragswidrigem Verhalten der Partei verfallen; daher, wenn sie einem Vorvertrage beigefügt wird, auch dann, wenn die Partei sich weigert, den Hauptvertrag abzuschließen.

Die Strafklausel ist regelmäßig ein Schuldversprechen[4]) und zwar ein bedingtes[5]). Ihr Gegenstand pflegt höher zu sein als das Angeld, und sie beschränkt sich nicht auf Sicherung von Verträgen.

I. Immerhin muß eine Hauptverbindlichkeit bestehen. Vertragsstrafe ist also nicht ein einfach bedingtes Schuldversprechen[6]). Sondern das Verhalten, welches durch das bedingte Strafversprechen befördert werden soll, muß selbst Inhalt eines gültigen Schuldverhältnisses sein. Die Verpflichtung zur Entrichtung einer Vertragsstrafe ist also ein accessorisches Schuldversprechen. Darauf sind die Regeln der §§ 339 ff. angelegt; andernfalls würden sie vielfach nicht passen. Daher darf auch die Hauptverbindlichkeit nicht unwirksam sein[7]); das Versprechen ist in diesem Falle geradeso unwirksam wie die Hauptverbindlichkeit. § 344 BGB. S. noch unten Ziff. 3.

1. Der Gegenstand der Strafleistung kann von aller Art[8]) — doch muß es eine besondere Leistung sein. Es genügt nicht, wenn der versprochene Nachtheil lediglich in einer Modifikation des Hauptschuldverhältnisses besteht[9]). Daß die Strafe an einen Dritten

3) Oben § 177 Ziff. 2b. Dagegen fehlt regelmäßig der Beweiszweck (eod. Ziff. 2a), und die Verabredung einer Vertragsstrafe ist auch mit Bezug auf andere als vertragsmäßige Verbindlichkeiten zulässig.

4) Kein Realvertrag, wie die Draufgabe. S. o. § 177 Note 3.

5) Für den Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Die Absicht ist: der Versprechende soll durch die Pflicht, bei Eintritt der Bedingung die Strafe zu zahlen, zu dem entgegengesetzten Verhalten bewogen werden. S. schon l. 71 Dig. de V. O. 45, 1.

6) Obschon auch ein solches selbstverständlich vorkommt. S. dazu oben Bd. I §§ 79, 85, 97 ff. u. l. 115 § 2 Dig. de V. O. 45, 1. Der Grundsatz der Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe (§ 343 BGB.: s. u. Ziff. II) ist auf das selbständige Strafversprechen anwendbar. S. das. Abs. 2. (Sonst wäre der Grundsatz nicht durchzuführen.) — Im Uebrigen genügt Anwendung der allgemeinen Regeln (z. B. über die Erlaubtheit des Versprechens).

7) S. o. Bd. I §§ 80 ff. Also insbesondere nicht ungültig (nichtig oder mit Erfolg angefochten). Z. B. ist ein Grundstück formlos unter Vertragsstrafe verkauft, so trifft die Nichtigkeit des Hauptvertrags auch die Strafklausel. Vgl. die entsprechende Bestimmung oben § 167 Note 21. — Bei bloßer Anfechtbarkeit des Hauptgeschäfts kann in der Strafberedung eine Bestätigung liegen.

8) S. o. Note 2.

9) Z. B. daß bei Zuwiderhandlung der Versprechende alle seine Rechte aus dem Vertrage verlieren solle. Dies wäre keine Vertragsstrafe, sondern

zu entrichten ist, thut dem Begriff der Strafklausel keinen Eintrag. Sie kann sich mit einem Vertrag zu Gunsten Dritter[10]) kombiniren.

2. Strafklauseln sind im Verkehrsleben außerordentlich häufig. Unentbehrlich sind sie geradezu, wo eine nicht vermögenswerthe Leistung versprochen ist und die Zwangsvollstreckung versagt[11]). Denn eine Geldentschädigung kann hier nicht ohne Weiteres verlangt werden (§ 253 BGB.): dagegen kann man sich eine solche auf dem Wege vertragsmäßiger Festsetzung sichern.

Vielfach wird überhaupt gesagt, daß die Vertragsstrafe das Interesse[12]) decke. Dies ist nur im übertragenen Sinne richtig, insofern der Gläubiger in der Strafe ein bequemes Ersatzmittel hat, das ihn der Mühe des Nachweises seines Interesses an der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit überhebt. Oft wird er sich damit begnügen. Er braucht dies aber nicht. S. § 340 Abs. 2 BGB. Der eigentliche Zweck der Strafklausel ist daher nicht, das Interesse zu decken[13]), sondern den Schuldner zur gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzutreiben. Dieser Zweck ist von der Interesseleistung unabhängig.

3. Die Abhängigkeit des Strafversprechens von der Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit hat folgende Konsequenzen[14]).

a) Unvollkommene Schuldverhältnisse sind nicht unwirksam[15]). § 344 BGB. findet daher auf sie keine Anwendung. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb der Mangel der Klagbarkeit alle indirekten Zwangsmittel ausschließen soll. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, aus welchem Grunde das Gesetz der Hauptverpflichtung die Klagbarkeit versagt. Thut es dies, weil es die Hauptverpflichtung überhaupt mißbilligt, so duldet es auch keine indirekte Erzwingung derselben durch Vertragsstrafe[16]). Anders in den übrigen Fällen[17]).

---

bedungener Rücktritt (clausula cassatoria). S. o. §§ 174 ff. Es läge keine Bestärkung, sondern eine Abschwächung des Vertrages vor. — Aehnlich ist es keine Vertragsstrafe, wenn der Lohn eines Arbeiters bei gewissen Verfehlungen desselben gekürzt werden soll ꝛc.

10) S. u. §§ 179 ff.

11) S. darüber oben § 141.

12) Vgl. o. § 151.

13) Dies betonte zu einseitig das Preuß. A.LR. (I Tit. 5 § 292).

14) Eine andere Konsequenz der Abhängigkeit ist: bei Abtretung der Hauptforderung (§ 398 BGB.) gilt die Strafforderung im Zweifel als mitabgetreten (accessio cedit principali). S. noch unten § 200 Ziff. I. Anders nach Verfall der Strafe.

15) S. o. § 140.

16) S. die Fälle oben § 140 Ziff. 1 (bei Spiel, Lotterie, Ehemakellohn).

b) Ist die Erfüllung des Schuldverhältnisses von vornherein unmöglich, so ist es nichtig, also die Strafverbindlichkeit unwirksam[18]). Der Fall des § 307 BGB. macht keine Ausnahme. Die Kenntniß der Unwirksamkeit der Hauptverpflichtung ist nach § 344 gleichgültig. Das negative Vertragsinteresse, das die in ihrem Vertrauen auf das Zustandekommen des Hauptvertrags getäuschte Partei unter Umständen verlangen kann[19]), muß sie beweisen können. Es wird nicht einfach durch die Vertragsstrafe gedeckt.

Eine nachträgliche Unmöglichkeit der Hauptleistung kommt für die Strafklausel nur in Betracht, wenn die Unmöglichkeit auf einem nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht. Denn nur dann ist die Hauptverbindlichkeit erloschen (§§ 275, 323 BGB.). Folglich auch diejenige auf die Vertragsstrafe[20]). Geht die Hauptverpflichtung auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe sogar mit der Zuwiderhandlung, gleichgültig ob das Handeln ein zufälliges war[21]). § 339 i. f.

Dagegen führt eine zu vertretende Unmöglichkeit der Hauptleistung den Verfall der Strafe immer herbei, da hierdurch die Hauptverbindlichkeit keineswegs aufgehoben wird. Steht die Unmöglichkeit fest, so ist auch eine besondere Mahnung des Schuldners nicht zu verlangen[22]).

c) Steht der Hauptverbindlichkeit eine Einrede entgegen,

Das Gesetz gebraucht in diesen Fällen die Wendung: durch das Spiel ꝛc. wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. S. §§ 656, 762 BGB.

17) Diese Unterscheidung verkennen die meisten Schriftsteller.

18) Aehnlich im Falle oben § 166 II Ziff. 1.

19) S. o. § 166 Note 15 ff.

20) Dabei hat der Gläubiger nur Strafklausel und Nichterfüllung zu beweisen. Der Schuldner hat, wie gewöhnlich, den Beweis seiner Schuldlosigkeit ꝛc. zu führen. S. u. Note 47 ff.

21) Ein positives Handeln ist also in diesem Sinne stets zu vertreten.

22) Dies ist wegen § 339 BGB. besonders hervorzuheben, der die Strafe für verwirkt erklärt, wenn der Schuldner „in Verzug kommt". Damit soll aber nur gesagt sein, daß die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhen müsse, was, wenn die Leistung noch möglich ist, rechtlich nur in Gestalt des Verzugs beachtet wird. Ist die Leistung unmöglich geworden, so kommt der Schuldner überhaupt nicht mehr in Verzug. Wohl aber wird der Gläubiger durch § 339 in den Stand gesetzt, (ähnlich wie in § 283 BGB.) die etwaige Unmöglichkeit der Leistung zu ignoriren und auf Grund der Mahnung die Strafe zu fordern. — Auch insofern ist die Textfassung des § 339 wichtig, als danach eine im Annahmeverzug des Gläubigers eingetretene Unmöglichkeit der Leistung regelmäßig keinen Verfall der Vertragsstrafe herbeiführt. Denn sie schlösse sogar den Verzug des Schuldners aus (s. o. § 165). Um so mehr, wenn der Gläubiger die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit verschuldet hat. (Vgl. auch die Argumente aus § 324 BGB. und ferner den Text bei Note 44 ff.)

so kann solange die Vertragsstrafe nicht verfallen. Das Vorliegen einer ausschließenden Einrede führt also die Unwirksamkeit der Strafklausel herbei. Dies folgt schon daraus, daß der Schuldner der Hauptverbindlichkeit beim Bestehen einer Einrede nicht in Verzug kommt. § 339 BGB.[23]).

d) War die Hauptschuld vor Verfall der Vertragsstrafe erloschen (z. B. durch Zahlung, Aufrechnung rc.), so gilt das Gleiche.

e) Besonders schwierig sind die Fälle, in denen der Inhalt des Hauptvertrags sachlichen Beanstandungen unterliegt[24]). Denn gerade derartigen Vertragsberedungen soll meistens durch Hinzufügung einer Strafklausel praktische Wirkung und Nachdruck verliehen werden. Im Allgemeinen ist hier auf das über unzulässige Geschäfte resp. unerlaubte Bedingungen Gesagte[25]) zurückzugehen. Etwas aus öffentlichrechtlichen Gründen Verbotenes[26]) kann nicht durch Strafklausel gesichert werden. Dagegen geht die Unwirksamkeit der Strafklausel auch nicht weiter als das Verbot. Z. B. insoweit ein Konkurrenzausschlußvertrag gültig ist[27]), ist es auch die zu seiner Bekräftigung beigefügte Vertragsstrafe[28]). Soweit die vertragliche Aufgabe der wirthschaftlichen Freiheit des Individuums verboten ist[29]), kann die für ein gewisses Verhalten bedungene Vertragsstrafe die Bethätigung der Freiheit nicht verhindern[30]). Abgesehen von dieser Bethätigung aber trifft das Verbot nicht, — sind also bedungene Strafen gültig und können verfallen[31]).

---

23) Anders, wenn die Vertragsstrafe schon verfallen war und die Einrede erst nachher entsteht. Der entstandene Strafanspruch wird dadurch nicht ohne Weiteres aufgehoben.

24) Wegen Verletzung von Formvorschriften s. schon oben Note 7.

25) S. o. Bd. I § 85, § 97 zu Note 11 ff.

26) Sei es direkt oder indirekt, — absolut verboten oder im Fall der Verbindung mit davon abhängigen Vermögensinteressen.

27) S. Bd. I § 85 Note 8. — Ueber die Frage, ob die Klausel nicht im gegebenen Fall als Wandelpön (s. o. § 176) aufzufassen sei, entscheidet die Vertragsauslegung. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 141 ff., Bd. 40 S. 100.

28) Bei Handlungsgehülfen und Handelslehrlingen geben §§ 74—76 HGB. besondere Bestimmungen. Danach hat die Verabredung gesetzlich den Charakter einer Wandelpön. S. auch Dernburg § 101 III Ziff. 5, und über die Unzulässigkeit der Erstreckung des Konkurrenzausschlußverbots auf Fabrikarbeiter rc. besonders Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 1.

29) Vgl. z. B. §§ 723, 749 BGB. Niemand kann gezwungen werden, in einer ungetheilten Gemeinschaft zu verbleiben. Dies gilt auch für Kartelle, Ringe, Syndikate im gewerblichen Leben (um die Preise von gewissen Produkten auf bestimmter Höhe zu erhalten) rc. Vgl. dazu Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 218 ff.; Dernburg a. a. O. Ziff. 3.

30) Z. B. den Austritt aus dem Kartell.

31) Z. B. für Abgabe von Waaren unter dem festgesetzten Preise.

II. Auch insoweit die Strafklausel nach dem Gesagten zulässig und wirksam ist, würde eine unbeschränkte Zulassung in Ansehung der Höhe dem sozialen Interesse zuwiderlaufen. Dem wirthschaftlich schwächeren Schuldner werden oft unverhältnißmäßig hohe Vertragsstrafen zugemuthet, — Strafen, die den Werth der geschuldeten Hauptleistung erheblich übersteigen. Gegen einen solchen Mißbrauch des Strafversprechens hat die Gesetzgebung der neueren Zeit auf verschiedene Weise anzukämpfen versucht[32]). Liegt in der Straffestsetzung ein wucherischer Vertrag, so ist das Versprechen schon nach den allgemeinen Wuchervorschriften nichtig[33]). Praktisch wichtiger ist die Bestimmung, daß die verwirkte Strafe, wenn sie nach objektiver Verkehrsanschauung unverhältnißmäßig hoch ist, auf Antrag des Schuldners durch gerichtliches Urtheil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden darf. § 343 BGB.[34]). Ebenso schon in § 4 Abs. 1 d. RG. v. 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte. Dagegen unterliegen die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafen dem richterlichen Ermäßigungsrecht nicht. § 348 HGB. Hier würde die soziale Schutzvorschrift ihren Zweck verfehlen.

Von der Ermäßigung gilt im Einzelnen:

1. Sie erfolgt nur durch den Richter. Es muß also der Schuldner entweder auf Ermäßigung klagen[35]) oder sie im Wege der Vertheidigung wider die Strafforderung beantragen. Der Antrag kann sich auf „angemessene" Herabsetzung beschränken[36]). Auf Geldstrafen

---

32) Das röm. Recht und das alte Handelsgesetzbuch hatten die Höhe der Vertragsstrafe dem freien Belieben der Parteien anheimgegeben. Aber schon in der gemeinrechtlichen Praxis versuchte man die andere Bestimmung Justinians, daß die Interesseforderung den doppelten Werth des ursprünglichen Schuldgegenstands nicht übersteigen dürfe, auf die Strafklausel zu übertragen. Im Anschluß daran verordnete dann das Preuß. A.LR. (I Tit. 5 § 299 ff.), daß die Strafe das doppelte Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Hauptschuldverhältnisses nicht überschreiten dürfe (was die praktische Brauchbarkeit des ganzen Instituts in Frage stellte). Im franz. Recht (Code Nap. Art. 1231) wurde das jetzt angenommene richterliche Ermäßigungsrecht der Strafe erfunden.

33) S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a. Aber eine Bewucherung ist gerade hier sehr schwer nachweisbar.

34) Die Bestimmung ist in Abs. 2 zur Verhütung von Gesetzesumgehungen auch auf das selbständige (nicht accessorische) Strafversprechen erstreckt. S. o. Note 6. — Wegen Geschäften vor dem 1. Januar 1900 s. Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 59.

35) Aehnlich wie nach § 315 Abs. 3 BGB. auf Bestimmung des ursprünglichen Leistungsinhalts durch Urtheil. S. o. § 146 gegen Ende.

36) Natürlich wird es Sache des Schuldners sein, in Zweifelsfällen geeignete Gründe für die Herabsetzung in's Feld zu führen und unter Beweis zu stellen.

beschränkt sich das Ermäßigungsrecht nicht. Die Ermäßigung geschieht im gerichtlichen Urtheil.

2. Die Höhe im Einzelfall hat das Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen. Das Gesetz hebt hervor, daß bei der Beurtheilung jedes berechtigte Interesse des Gläubigers[37]), nicht blos seine Vermögensinteressen an der Hauptleistung in Rücksicht zu ziehen sind[38]). Im Uebrigen sind die Gesammtumstände entscheidend (also z. B. auch die Vermögenslage des Schuldners[39]), der Werth der Hauptleistung ꝛc.). Und zwar ist richtiger Ansicht nach dabei auf die Zeit des Urtheils, nicht des Vertragsschlusses oder der Verwirkung der Strafe zu sehen[40]).

3. Die Strafe muß verwirkt, aber sie darf noch nicht entrichtet sein. Eine Zurückforderung findet nicht statt. Hat der Schuldner die Strafe gezahlt, so zeigte er damit, daß er sie zahlen konnte.

III. Der Verfall oder die Verwirkung der Vertragsstrafe steht unter folgenden Grundsätzen.

1. Die alte Streitfrage, ob zum Verfall der Vertragsstrafe ein vom Schuldner zu vertretender Umstand erforderlich sei[41]), wird dahin gelöst, daß regelmäßig Verzug (also ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners) verlangt wird[42]). Bei Schuldverhältnissen auf Unterlassen wird die Strafe dagegen schon mit der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung verwirkt. § 339 BGB.[43]).

---

37) Also auch ideale Interessen, solche der Bequemlichkeit ꝛc.

38) Dies erklärt sich ohne Weiteres aus dem Zweck der Vertragsstrafe, gerade für nicht vermögenswerthe Leistungen und Interessen einen Rechtszwang zu schaffen.

39) Wenn Dernburg § 102 i. f. hiergegen anführt, das Recht solle für Arm und Reich gleich sein, so ist darauf zu erwidern, daß eine soziale Schutzvorschrift eben eine materielle Gleichheit, nicht eine blos formale (ziffermäßige) erstrebt. S. auch die Analogie des (deutlicher redenden) § 829 BGB.

40) Z. B. das unter eine sehr hohe Strafe gestellte Konkurrenzverbot (oben Note 27 ff.) war zur Zeit des Vertragsschlusses wirthschaftlich sehr werthvoll, da ein Geschäftsgeheimniß zu wahren war. Zur Zeit der Verwirkung der Strafe oder des Urtheils ist dieses längst verrathen oder durch andere Erfindungen überholt. Der jetzige Werth des Verbots ist für die Strafe entscheidend.

41) An sich könnte man sagen, die Strafklausel sei ein bedingtes Versprechen, die Strafe verfalle also auch, wenn einfach der Bedingung zuwidergehandelt sei. Dies nahmen auch die Römer an. Doch ließen sie nach und nach allerlei außerhalb der Sphäre des Schuldners liegende Umstände als Entschuldigung zu. Vgl. Mann, Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? (Gött. Diss. 1890.) Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches schließt sich an das franz. und sächs. Recht an.

42) S. über die Voraussetzungen des Verzugs oben § 161 und insbesondere § 285 BGB. (mora ist culpa).

43) S. o. Note 21—22. Die Zuwiderhandlung kann hier überhaupt nicht

Dies ist auf Verpflichtungen zu einem Geben oder Thun, auch wenn sie unmöglich geworden sind, nicht zu übertragen. Vielmehr verfällt hier die Strafe nur, wenn die Unmöglichkeit [44]) auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht [45]).

Ebenso ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, daß die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht die Strafe dann nicht zum Verfall bringt, wenn der Gläubiger selbst durch sein Verschulden das entgegengesetzte Thun veranlaßte oder wenn letzteres durch höhere Pflicht geboten war [46]).

Was den Beweis anlangt, so hat der Gläubiger [47]) die Fälligkeit der Hauptschuld und je nachdem die Mahnung [48]) oder die Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld, — bei Verbindlichkeiten auf Unterlassen die erfolgte Zuwiderhandlung [49]) zu beweisen. Der Schuldner hat demgegenüber die gehörige Erfüllung darzuthun oder, soweit der Verfall der Strafe dadurch ausgeschlossen wird, daß die Erfüllung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand verhindert worden sei [50]). § 345.

Unvollständige Erfüllung führt regelmäßig den Verfall der ganzen Strafe herbei.

2. Durch den Verfall der Strafe soll der Gläubiger grundsätzlich nicht Doppeltes erhalten. Da aus der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers hervorgeht, fragt sich, inwieweit die Strafe neben der Erfüllung der Hauptschuld resp. dem Schadensersatz verlangt werden kann.

Verzug sein (s. o. § 158 Ziff. 3). Positiv ist nur, daß die objektive Zuwiderhandlung genügt.

44) Der Gläubiger, der die Strafe fordert, kann aber nach Note 22 die Unmöglichkeit ignoriren und sich einfach auf den Standpunkt des Leistungsverzugs stellen (wozu er den Schuldner eventuell mahnen muß).

45) Auch läßt sich aus § 339 schließen, daß die Verwirkung der Strafe nicht vor Fälligkeit der Hauptschuld eintritt, obschon die Unmöglichkeit der Erfüllung vielleicht schon früher feststeht. Diese Frage war schon unter den röm. Juristen streitig. Vgl. l. 113 pr. Dig. de V. O. 45, 1 u. l. 124 Dig. eod. sowie l. 10 § 1 Dig. si quis caut. 2, 11. Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 29.

46) Arg. §§ 157, 242, 324 BGB. und oben Note 22. A. M. Cosack § 93 Ziff. 4d. Wie hier Dernburg § 103 Ziff. I i. f. Hält man den Dispositivcharakter des § 339 fest, so kann man für diesen Fall die Verwirkung der Strafe nicht als gewollt annehmen.

47) Neben der Strafklausel, die er selbstverständlich zu beweisen hat.

48) S. o. Noten 44 u. 45. Ausnahme, soweit nach Inhalt des Schuldverhältnisses überhaupt keine Mahnung erforderlich ist. Darüber s. o. § 161 Ziff. 3.

49) Denn diese ist hier der Grund des Strafanspruchs. S. auch § 345 i. f. BGB.

50) Entsprechend den allgemeinen Regeln. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 33.

Die Entscheidung hängt in erster Linie von der Parteivereinbarung ab[51]). Gewöhnlich aber soll die Straffestsetzung zunächst das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Hauptschuld darstellen[52]), vorbehaltlich des Rechts, auch einen eventuellen höheren Schaden nachzuweisen und dessen Ausgleichung zu verlangen. Die festgesetzte Strafsumme erscheint dann gewissermaßen als Mindestmaß der Interesseforderung[53]). Dieser Gesichtspunkt wird auch in §§ 340—342 BGB. zu Grunde gelegt[54]). Bei Geldstrafen ist er ohne Weiteres durchführbar; bei anderen Strafen (wegen der Inkongruenz der Strafe und Ersatzleistung) nur so, daß dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Strafe und Schadensersatz gegeben wird. Das Verlangen der Strafe schließt hier also die Ersatzforderung ganz aus (§ 342).

Im Weiteren ist zu unterscheiden, ob die Strafe für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen war.

a) War die Strafe für Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen, so hat der Gläubiger ein Wahlrecht: ob er den Hauptanspruch verfolgen also Erfüllung (und Schadensersatz) resp. Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren, oder die Strafe fordern will. Letzteres braucht er nicht (er kann von der Strafklausel ganz absehen). § 340.

α. Durch die Verfolgung der Hauptschuld[55]) verliert der Gläubiger keineswegs sein Recht auf die Strafe[56]). Soweit diese Verfolgung zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung führt[57]), kann er eine etwa bedungene Geldstrafe als Mindestmaß jenes Schadens verlangen[58]), und wenn er nachträglich

51) Möglich ist also in der That die Festsetzung, daß der Gläubiger aus der Hauptverbindlichkeit Erfüllung resp. Schadensersatz und aus der Strafklausel noch die Strafe verlangen kann. Es liegt darin an sich nichts Unzulässiges. Die §§ 340 ff. sind nicht zwingend. S. auch schon l. 115 Dig. de V. O. 45, 1. Umgekehrt ist die Festsetzung möglich, daß nur die Strafe verlangt werden kann (dann geht die Klausel in die oben § 176 erwähnte über).

52) Sodaß dieser Betrag ohne Nachweis der Schadenshöhe verlangt werden kann.

53) Vgl. hierzu auch Entsch d. RG. Bd. 33 S. 219.

54) S. insbes. Schollmeyer zu §§ 340 Note 3, 341 Note 2. u. 3.

55) Außergerichtliche oder durch Klageerhebung resp. gleichstehende Akte.

56) Bis zur Befriedigung aus der Hauptschuld. — Es liegt also kein Wahlschuldverhältniß vor (wie der I. Entwurf annahm), sondern ein Wahlrecht des Gläubigers zwischen verschiedenen Ansprüchen mit beschränktem ius variandi (ähnlich wie oben in §§ 170, 171).

57) Dieser steht an Stelle der Erfüllung. S. o. §§ 158 ff., 170 ff., wo auch die Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besprochen sind (vgl. §§ 280, 283, 286 Abs. 2, 325, 326 BGB.)

58) Der Gegenbeweis, daß der Schaden im gegebenen Falle geringer sei als der Strafbetrag, ist ausgeschlossen.

einen höheren Schaden beweisen kann, auch noch den entsprechenden Mehrbetrag. § 340 Abs. 2. Bei anderen Strafen ist die Nachforderung ausgeschlossen [59]). § 342. Wohl aber kann hier der Gläubiger, nachdem er zuerst Schadensersatz gefordert hatte, sich auf die Strafe zurückziehen [60]).

β. Anderseits kann der Gläubiger statt der Verfolgung der Hauptschuld die Strafe verlangen [61]). Das Begehren der Strafe schließt den Erfüllungsanspruch aus. § 340 Abs. 1. Den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung schließt es nur aus, wenn die Strafe nicht in Geld besteht (§ 342): bei Geldstrafen ist absichtlich dem Gläubiger noch immer die Befugniß zur Nachforderung des höheren Schadens belassen, da sonst leicht übermäßig hohe Geldstrafen bedungen würden [62]).

b) Ist die Strafe für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen [63]), so kann der Gläubiger nach Verwirkung der Strafe diese und Erfüllung zugleich verlangen. § 341 Abs. 1. Darin liegt hier nichts Doppeltes. Die Strafe dient zum Ausgleich des Nachtheils aus der nicht gehörigen oder verzögerten Erfüllung. Kann der Gläubiger daraus einen höheren Nachtheil beweisen, so kann er auch diesen ersetzt verlangen; und zwar noch nachträglich, es sei denn, daß die Strafe nicht auf Geld lautete. §§ 341 Abs. 2 u. 342 [64]).

Führt die Verfolgung des Hauptschuldverhältnisses den Gläubiger zu dem Ergebniß, wegen der vorliegenden Unregelmäßigkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen [65]), so gilt das Gleiche [66]).

---

59) Hier ist die Strafe mit dem Schadensersatz nicht kongruent. Ein nachzufordernder Mehrbetrag ist nicht zu konstruiren. S. o.

60) Weil die Ersatzforderung nach dem bei Note 55 ff. Gesagten den Gläubiger nicht mit dem Strafanspruch präkludirt.

61) S. o. Note 55. — Zum Eintritt der Präklusion muß die Strafe verwirkt sein.

62) S. o. nach Note 58. (An sich müßte die Sache ebenso liegen, wie wenn der Gläubiger in den Fällen §§ 325, 326 BGB. ohne Straffestsetzung von dem Vertrage zurücktritt.)

63) Hierher gehört nach allgemeinen Grundsätzen auch Erfüllung am unrechten Ort, theilweise und mangelhafte Erfüllung.

64) Also bei Geldstrafen kann wieder das Plus nachverlangt werden; bei anderen Strafen nicht, wenn einmal die Strafe verlangt wurde. Hier kann der Gläubiger nur eventuell, wenn er den höheren Schaden zuerst verlangt hatte und nicht beweisen kann, sich auf die Strafe zurückziehen. S. o. Note 60.

65) S. o. Note 57 u. Cit. Theilleistung kann der Gläubiger auch hier nach allgemeinen Grundsätzen zurückweisen und dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie wenn keine Vertragsstrafe bedungen wäre.

66) Es gilt das oben bei Note 58 ff., 62 u. 64 Gesagte. Bei Geldstrafen kann eine höhere Schadensliquidation nachfolgen; bei anderen Strafen nicht, sobald einmal die Strafe verlangt wurde.

Dagegen kann die Strafe überhaupt nicht mehr verlangt werden, wenn die Hauptleistung vorbehaltslos angenommen wurde. § 341 Abs. 3. Dies soll für die Strafklausel[67]) die schwierigen Beweisfragen über die eventuelle Kenntniß der Mängel (also den Verzichtswillen des Gläubigers) kurzerhand durch Verlust des Anspruches abthun[68]). Wird dem Gläubiger die Annahme bewiesen, so ist es seine Sache, den erfolgten Vorbehalt darzuthun[69]). Arg. § 363 BGB. Er kann ihn in die Quittung setzen. Ein nach Verfall der Strafe vor der Annahme erklärter Vorbehalt genügt nur, wenn sich die Leistung zu dieser Zeit schon beurtheilen ließ[70]). Wenn die Annahme durch einen Vertreter des Gläubigers erfolgt, so gilt das Gleiche; bei Annahme durch eine andere Person genügt es, wenn der Gläubiger unverzüglich nach Kenntniß der Annahme den Vorbehalt erklärt[71]). Der Vorbehalt ist dem Schuldner selbst oder seinem Vertreter zu erklären[72]).

D. Verträge auf Leistung an und durch Dritte*.

§ 179.

1. Begriff und Bedeutung dieser Verabredungen.

Es liegt nahe, eine vertragsmäßig bedungene Leistung so zu versprechen, daß sie nicht an den anderen Kontrahenten, sondern an einen Dritten zu bewirken ist. Ebenso kann eine Leistung so

---

67) Im Uebrigen bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften, z. B. § 363 BGB.

68) Doch kann die Annahmehandlung wegen Betrugs angefochten werden (so auch Oertmann § 341 i. f.); nicht aber wegen bloßen Irrthums des Gläubigers, denn dieser wäre nur Irrthum im Motiv.

69) So auch Schollmeyer § 341 Note 4. Uebrigens auch Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 119 u. Cit.

70) Sonst könnte durch generelle „Vorbehaltserklärungen" die ganze Bestimmung des § 341 Abs. 3 illusorisch gemacht werden.

71) Was der Vertreter versäumt, fällt dem Gläubiger zur Last. Im Uebrigen fehlt eine Bestimmung, daß der Gläubiger das Versehen eines bloßen Gehülfen (Dienstboten &c.) in dieser Hinsicht zu vertreten habe. — Wird die Hauptleistung im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben, so nimmt der Gläubiger was er bekommt, und eines Vorbehalts bedarf es nicht. So auch Dernburg § 103 i. f.

72) Nach Maßgabe von Bd. I § 88. — Uebrigens kann die Vorschrift des § 341 Abs. 3 BGB. in der Strafklausel ausgeschlossen werden.

*) Vgl. Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter (1873); Regelsberger, Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 473 u. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 S. 1; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 70 u. im civ. Archiv Bd. 67 S. 157; Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge insbes. d. Vertr. z. G. Dritter (1895); Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899). — Stammler S. 165 ff.; Dernburg §§ 104—106; Endemann I § 126; Cosack § 97; Mathiaß I § 87; Enneccerus I §§ 183—184.

versprochen werden, daß nicht der Versprechende selbst, sondern ein Dritter sie zu bewirken hat. Hierdurch entsteht das Problem nach der Zulässigkeit von Verträgen auf Leistung an und durch Dritte[1]).

1. Hierbei muß man sich über gewisse Vorfragen verständigen.

a) Dritter in unserem Sinn ist nicht der Erbe der einen oder anderen Partei. Die Erben der Parteien treten mit dem Absterben der letzteren von selbst in deren Rechte und Pflichten ein. Soll sich das Recht oder die Pflicht auf einen oder einzelne Erben beschränken, so ist durch den Vertrag entweder ein inhaltlich beschränktes Recht geschaffen oder der Schuldvertrag mit einer Verfügung von Todeswegen[2]) kombinirt. Nur insofern kann der Erbe einer Partei in diesem Sinne (als Dritter) in Betracht kommen, als er vor dem Erbfall oder unabhängig davon berechtigt oder verpflichtet werden soll[3]).

b) Dritter ist nicht der Geschäftsherr, für den ein Stellvertreter kontrahirt[4]). Wer zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten kontrahirt, handelt in eigenem Namen (führt sein eigenes Geschäft); wer als Stellvertreter handelt, führt fremde Geschäfte. Allerdings ist Thatfrage, ob die eine oder andere Absicht vorliegt, und die Auslegung des Vertrags begegnet in dieser Beziehung nicht selten Schwierigkeiten.

c) Endlich ist mit der Frage nach der Gültigkeit eines Vertrags auf Leistung an oder durch Dritte ein doppelter Sinn verbunden. Man kann fragen:

α. Wird durch einen solchen Vertrag die betreffende Partei

---

1) Der Zweck dieser Verträge ist regelmäßig eine indirekte Leistung, die der Versprechensempfänger dem Dritten machen oder die ihm von dem Dritten zukommen soll. Es wird dadurch der Umweg erspart, den sonst die Leistung durch das Vermögen des Versprechensempfängers oder des Schuldners hindurch machen müßte, um zu ihrem schließlichen Ziele zu gelangen. — Da jede Zuwendung nach Bd. I §§ 74 ff. einen Rechtsgrund voraussetzt, so besteht hier ein doppeltes Zweckverhältniß: a) der Parteien untereinander und b) der einen Partei zum Dritten, die durch die Erfüllung des Vertrags mit einem Schlage ihre Lösung finden sollen. Z. B. es wird Zahlung an den creditor creditoris verabredet. Durch sie werden zwei Schuldverhältnisse auf einmal getilgt.

2) Mit einem Erb- oder Vermächtnißvertrage. S. u. das Erbrecht.

3) Z. B. bei Gutsüberlassungsverträgen. Vgl. § 330 BGB. Hier werden vom Veräußerer des Guts gewöhnlich Abfindungen für seine Frau und Kinder bedungen, welche der Gutsübernehmer an dieselben zu entrichten hat. Aehnlich bei Versicherungsverträgen, wenn die Versicherungssumme der Ehefrau oder Kindern nicht in ihrer Eigenschaft als Erben, sondern persönlich zugewiesen ist. Hauptfolge s. u. § 180 Note 9.

4) S. o. Bd. I §§ 103 ff. — Obschon auch im Vertrag auf Leistung an einen Dritten der Dritte ermächtigt werden kann, die Leistung im Namen des Versprechensempfängers zu fordern. Kann er sie in eigenem Namen fordern (s. u. § 180), so ist das nur eine Verstärkung. Vgl. Hellwig S. 92 ff., 253 ff., 258 ff.

als Versprechensgeber oder Versprechensempfänger berechtigt und verpflichtet? Oder

β. wird der Dritte selbst unmittelbar aus einem solchen Vertrage berechtigt oder verpflichtet?

2. Die erste Frage bietet keine Schwierigkeit. Die in einem Vertrage bedungene Leistung kann ihrer Natur nach von der Art sein, daß sie nicht an den Gläubiger in Person geschehen kann oder soll. Dies ist nur eine Modalität der bedungenen Leistung wie jede andere [5]). Ebenso kann sich der Schuldner im Vertrage zu einer Leistung verpflichten, die nicht er selbst, sondern ein Anderer vornehmen soll [6]). Der Sinn ist hier, daß der Schuldner vertraglich übernimmt, den Dritten zu der versprochenen Leistung zu bewegen. Kann er dies nicht, so ist die Leistung für den Vertrag unmöglich. Ob der Schuldner selbst für den Ausfall haftet [7]), hängt davon ab, in welchem Sinne die Leistung des Dritten übernommen war: ob der Schuldner sich blos (sorgfältig) darum bemühen oder absolut für die Bewirkung einstehen wollte [8]). S. §§ 275, 280 BGB. Es gelten in dieser Hinsicht keine anderen Grundsätze als bei allen Verträgen [9]).

3. Um so größeres Interesse bietet die zweite Frage. Kann der Dritte unmittelbar auf die Leistung berechtigt oder verpflichtet werden? Diese Frage ward ehedem verneint [10]). Sie ist auch heute noch zu verneinen, soweit es sich um eine selbständige

---

5) Schon die Römer kannten den sog. solutionis causa adiectus und andere Fälle dieser Art. Vgl. l. 38 §§ 20 ff. Dig. de V. O. 45, 1; l. 3 Cod. de inutil. stip. 8, 38 (39). In der Person des Dritten wird hier dem Gläubiger selbst geleistet. — Hellwig S. 42 ff., 72 ff. nennt die hier in Rede stehenden Verträge: ermächtigende Verträge auf Leistung an Dritte. Der Dritte ist Empfangsbevollmächtigter. Ueber das Detail s. S. 85, 92 ff. daselbst.

6) Z. B. er verpflichtet sich, sein Oelbild oder seine Photographie für das Vereinslokal zu stellen; der Verleger verpflichtet sich dem Autor, dessen Werk in eine fremde Sprache übersetzen oder mit einem ausführlichen Register versehen zu lassen u. dgl. Der Schuldner bewirkt diese Arbeiten nicht selbst. Und wenn dies möglich ist, warum soll er dann nicht auch die Sache eines Dritten verkaufen können, indem er darauf rechnet, daß der Dritte sie liefern werde u. s. w.

7) Also auf Schadensersatz bezw. nach Maßgabe des § 325 BGB., wenn der Vertrag ein gegenseitiger war.

8) Und zwar entweder für die eventuelle Selbstbewirkung oder sofort nur auf Schadensersatz.

9) Es entspricht nicht dem Leben, wenn das franz. und schweiz. Recht eine generelle Verpflichtung des Schuldners zum absoluten Einstehen für die Leistung des Dritten aufstellen (vgl. Art. 1120 Code Nap.; Art. 127 des schweiz. Bundesges. über das Obligationenrecht). Eine derartige Bestimmung hat unser Gesetz mit Recht nicht getroffen. — Man spricht hier herkömmlich von Verträgen zu Lasten eines Dritten.

10) Alteri stipulari nemo potest.

Verpflichtung des Dritten handelt. Denn es fehlt an einem civilistischen Grunde, um den Dritten aus einem Vertrag, an dem er selbst nicht Theil genommen hat, rechtlich verbindlich zu machen[11]). Einen Vertrag zu Lasten Dritter mit selbständiger Verpflichtung des Dritten gibt es also nicht.

Dagegen gibt es nach heutigem Recht Verträge zu Gunsten Dritter, oder besser (da es sich vielfach keineswegs um eine Begünstigung handelt) Verträge auf Leistung an einen Dritten in der Weise, daß eine selbständige Berechtigung des Dritten aus dem Vertrage entspringt[12]). Und dies, obschon der Dritte an dem Vertrag nicht Theil genommen hat. Das ist keine Inkonsequenz[13]). Denn ein anderes ist es, berechtigt — ein anderes, verpflichtet zu werden[14]). Ersteres kann die Rechtsordnung leichter zulassen, als das letztere. Es waren wesentlich römische Subtilitäten[15]), die der Entwickelung der Verträge mit selbständiger Berechtigung eines Dritten entgegenstanden[16]). Schon das spätere gemeine Recht hat diese Bedenken beseitigt[17]), und ihm ist

---

11) Dies ist vielmehr nur durch einen besonderen Rechtsakt des Dritten, z. B. Annahme einer Anweisung (eines Wechsels 2c.), möglich. Vgl. § 784 BGB. u. unten §§ 307 ff.

12) Hellwig S. 43, 145 ff. nennt diese Verträge: berechtigende Verträge auf Leistung an Dritte. Sie sind die eigentlichen Verträge auf Leistung an Dritte und Gegenstand der §§ 328 ff. BGB. Nur mit ihnen haben wir uns im Folgenden zu beschäftigen.

13) Insbesondere nicht gegenüber den Verträgen zu Lasten Dritter.

14) S. schon oben § 163 Ziff. I.

15) Andernfalls fehle dem Stipulanten das vermögensrechtliche Interesse aus dem Vertrage, das als Voraussetzung der actio galt, während der Dritte nicht klagen konnte, weil er nicht Mitkontrahent war und das Handeln für Andere nach röm. Recht regelmäßig nicht zugelassen wurde. S. schon oben Bd. I § 103 Note 14 und für den vorliegenden Fall insbesondere l. 11 Dig. de O. et A. 44, 7. Auch hier gab es übrigens Ausnahmen, über welche zu vergleichen sind Bekker in d. Ztschr. d. Savignystiftung Bd. 3 S. 8; Hellwig S. 1 ff. Hauptfälle waren: die bedungene Herausgabe der Schenkung, Dos, der hinterlegten oder verliehenen Sache an einen Dritten (l. 3 Cod. de don. quae sub modo 8, 54; l. 45 Dig. sol. matr. 24, 3 u. l. 7 Cod. de pact. conv. 5, 14; l. 8 Cod. ad exhibendum 3, 42); der Transportvertrag (l. 5 § 4 bezw. l. 6 § 2 Dig. de negot. gest. 3, 5).

16) Das deutsche Recht hatte solche Verträge (ohne besonderes Prinzip, aber doch in ziemlich verbreiteter Weise) gekannt. Vgl. Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7 S. 504; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 96 ff. Die Partikularrechte schwankten. Diejenigen, welche einen Vertrag zu Gunsten Dritter zulassen, sprechen doch nirgends dem Dritten direkt ein Recht aus dem Vertrage zu, sondern im besten Falle erst in Folge seines Beitritts zum Vertrage. So das Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 74 ff., Code Nap. Art. 1121, Sächs. BGB. §§ 853 ff.

17) In der That drängte die Acceptationstheorie (vor. Note) unaufhaltsam weiter. Wenn der Dritte die Rechte, die ihm durch den Vertrag begründet werden sollten, durch einfache Beitrittserklärung erwerben konnte, so konnte er den Beitritt auch gerichtlich erklären, indem er auf die an ihn

unser Gesetzbuch gefolgt. Es wird jetzt anerkannt, daß die Parteien durch ihren Vertrag eine an einen Dritten zu bewirkende Leistung ausbedingen können mit der Folge, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. § 328 BGB. Eine Willensbethätigung des Dritten zu diesem Erwerb (Annahme, Beitritt zum Vertrage rc.) wird nicht verlangt: der Dritte erwirbt das Recht auf Leistung gegen den Vertragsschuldner unmittelbar in dem Augenblicke, in welchem die Vertragsparteien es ihm begründen wollten. Also entweder sofort mit Abschluß des Vertrages, oder möglicherweise auch später mit einem im Vertrag festgesetzten (eventuell durch Auslegung zu ermittelnden) Zeitpunkt[18]). Wie die Entstehung des Rechts des Dritten aus dem Vertrage überhaupt, so hängen auch die besonderen Einzelheiten dieses Rechts durchaus vom Willen der Vertragschließenden ab. Ebenso ob der Dritte allein, oder ob neben ihm auch der Versprechensempfänger forderungsberechtigt sein soll[19]).

§ 180.

2. Verträge mit selbständiger Berechtigung des Dritten.

1. Ist es die Absicht der Parteien, dem Dritten einen unmittelbaren Anspruch auf die Leistung zu verschaffen, so erwirbt dieser aus dem Vertrag ein selbständiges Gläubigerrecht.

Allerdings wird die Absicht der Parteien direkt in den allerseltensten Fällen zum Ausdruck gebracht[1]). Man hat sich bei der Auslegung an den verkehrsmäßigen Zweck des abgeschlossenen Vertrages zu halten: d. h. was nach der Auffassung des Verkehrs als Zweck eines solchen Vertrages erscheint. Insbesondere das Interesse der Parteien an der Leistung — das sich aus deren doppeltem

---

zu bewirkende Leistung klagte. Hatte er aber ein Klagerecht, warum dann nicht einfach ein Recht? Es blieb nur der Schnörkel der Prozeßform abzustreifen.

18) S. o. Bd. I § 91. Auch möglicherweise bedingt, widerruflich oder unwiderruflich. S. § 328 Abs. 2, § 331 BGB.

19) S. dazu § 335 BGB. — Ueber partiarische Verträge zu Gunsten Dritter s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 545 ff. u. oben Bd. I § 76 Ziff. II. Ueber Erbverträge zu Gunsten Dritter s. das Erbrecht.

1) Dies war es, was Bähr a. a. O. S. 163 gegen die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter besonders vorbrachte, daß die Parteien sich über ihre diesbezügliche Absicht in dem Vertrag fast niemals aussprächen; ebensowenig beständen in der Regel besondere Umstände, aus denen sich die Absicht ergäbe. Das erstere ist richtig; das zweite nicht. Mit indirekten Erklärungen haben wir auch sonst oft im Leben zu thun (s. o. Bd. I §§ 86, 91); man hat hier zu deuten aus dem Zweck des Geschäfts. S. auch Hellwig S. 149 ff. Soweit Zweifel übrig bleiben, hat das Gesetz durch Auslegungsregeln geholfen.

Zweckverhältnisse ergibt[2]) — gewährt Anhaltspunkte. Z. B. wenn die Leistung an den Dritten nach dem erkennbaren Inhalt des Vertrages wesentlich im Interesse des Dritten bedungen ist[3]), muß man annehmen, daß ihm auch ein direktes Anrecht auf die Leistung gewährt werden sollte[4]).

Dieselben Umstände entscheiden für die Frage, unter welchen näheren Voraussetzungen dem Dritten das unmittelbare Recht aus dem Vertrage eingeräumt werden sollte. Vgl. § 328 Abs. 2 BGB.[5]).

Für die wichtigsten vorkommenden Fälle[6]) gibt das Gesetz Auslegungsregeln. Danach ist

a) eine unmittelbare Berechtigung des Dritten aus dem Vertrage im Zweifel anzunehmen bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, wenn die Auszahlung der Versicherungssumme oder der Rentenbeträge an den Dritten bedungen ist[7]). Ebenso bei unentgeltlichen Zuwendungen, die mit einer Auflage[8]) zu Gunsten eines Dritten belastet sind[9]), und bei Vermögens-[10]) oder Guts-

---

2) S. o. § 179 Note 1.

3) Also insbesondere, wenn die Leistung eine unentgeltliche Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten sein soll. Dem fügt Hellwig S. 152 den Fall hinzu, wenn das direkte Recht des Dritten für den Versprechensempfänger selbst wegen der Verschiedenheit des Erfüllungsorts vom Aufgabeort von Interesse sei. Dies erklärt die Transportverträge.

4) Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung an den Dritten unterwirft den Vertrag nicht der Schenkungsform, wenn er nur unter den Parteien nicht unentgeltlich ist. Unrichtig Mathiaß § 87 am Ende. Das Kausalverhältniß zwischen Versprechensempfänger und dem Dritten gehört nicht mit zum Vertrage. Arg. § 334 u. unten Note 33.

5) Hellwig S. 208 ff., 253 ff.

6) Ueber andere Fälle s. noch Hellwig S. 151 ff., 158, 242 ff., 442 (Hinterlegung), 541 ff. (Versicherung fremder Interessen) 2c. und die in der folg. Note Genannten.

7) S. über diese Verträge im Allgemeinen unten §§ 251, 293. — In der vorliegenden Beziehung s. Heck, Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter (1890); Hellwig a. a. O. S. 153 ff.; Ehrenberg in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 360, 379 ff. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 323. Das Gesagte findet auch auf die sog. abgekürzte Lebensversicherung Anwendung. Ist dem Versicherten in dem Vertrage die Befugniß beigelegt, die Person, der die Versicherung zu Gute kommen soll, nachträglich zu bezeichnen, so genügt dazu einseitige (empfangsbedürftige) Erklärung des Versicherten oder eine Verfügung von Todeswegen. S. auch Hellwig S. 222, 229.

8) Namentliche Bezeichnung des Dritten ist nicht zu fordern (es genügt Erkennbarkeit der Person). Hauptfall ist unentgeltliche Zuwendung einer Versicherungssumme 2c. z. B. an Frau und Kinder, — nicht aber an einen Gläubiger des Versicherten. — S. auch Dernburg § 105 III Ziff. 2.

9) In Folge des aus dem Vertrag entspringenden unmittelbaren Rechts des Dritten gehört der Vertragsgegenstand nicht zum Nachlaß des Stipulanten. (Daraus erklärt sich auch das Bedürfniß nach der besonderen Vorschrift des § 332 BGB.) — Sind die bezeichneten Dritten zugleich Erben des Stipulanten (Frau und Kinder), so darf ihnen nicht in dieser Eigenschaft zugewendet sein.

übertragungen[11]), wobei der Uebernehmer des Vermögens oder des Gutes eine Abfindung an dritte Personen (insbesondere Erb- oder Unterhaltsberechtigte) zu leisten verspricht. § 330 BGB. Eine unmittelbare Berechtigung des Dritten folgt auch gesetzlich aus dem Frachtvertrage für den Adressaten der Frachtsendung vom Augenblicke, da das Gut am Bestimmungsorte angelangt ist, und gegen Erfüllung der entsprechenden Gegenverpflichtungen (Zahlung der Fracht &c.). Doch kann der Absender vor Ankunft des Gutes eine entgegenstehende Anweisung ertheilen[12]). § 435 HGB.[13]).

Dagegen wird die unmittelbare Berechtigung des Dritten regelmäßig verneint, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger verspricht, dessen Schuld an einen Dritten zu bezahlen[14]). § 329 BGB. Hier erwirbt also der Drittgläubiger im Zweifel[15]) keinen Anspruch gegen den Versprechenden.

b) Eine Vermuthung für den Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Dritten, wenn er gewollt ist, gibt das Gesetz im Allgemeinen nicht. Nur wenn bedungen ist, daß die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, erwirbt der Dritte im Zweifel vorher kein eigenes Recht[16]). § 331 Abs. 1. Die

S. o. § 179 Note 3 u. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 188, Bd. 11 S. 173, Bd. 16 S. 126, Bd. 32 S. 162.

10) Ueber Vermögensübertragungen s. noch unten § 205. Es gehört hierher auch die kaufmännische Geschäftsübernahme. Vgl. Hellwig S. 390 ff.

11) Bei diesen machte sich historisch das Bedürfniß nach unserer Vertragsgattung besonders fühlbar. Denn regelmäßig werden die abzufindenden Personen nicht zum Beitritt am Gutsüberlassungsvertrag aufgefordert und müssen zu geeigneter Zeit ihre Rechte auf die Abfindung selbständig verfolgen können. S. hierüber Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 272, Bd. 13 S. 186, Bd. 29 S. 173, Bd. 35 S. 226.

12) Also die Rechte des Adressaten noch mit Wirksamkeit ausschließen. S. dazu Hellwig S. 152, 477 ff. u. oben Note 3 i. f.

13) Dasselbe gilt nach Art. 12 Abs. 1 EG.HGB. bei Binnenschiffahrt. Ueber die Anwendung auf Postsendungen s. Hellwig S. 516 ff.

14) D. h. ohne die Schuld zu übernehmen (s. §§ 414, 415 BGB. und unten die Lehre v. d. Schuldübernahme). Dazu bedürfte es besonderer Akte, die hier nicht vorliegen; insbesondere von Seiten des creditor creditoris der Absicht, den bisherigen Schuldner freizugeben. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einfache Uebernahme der Zahlung an den creditor creditoris (Erfüllungsübernahme). S. dazu noch Kipp in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 36 S. 357; Hellwig S. 159 ff., 182 ff. — Wenn die zur Erfüllung übernommene Schuld in Wirklichkeit nicht bestand, so ist das Versprechen gegenstandslos.

15) Das Gegentheil kann sich aus den Umständen ergeben. Z. B. wenn der Versprechensempfänger den Vertrag schließt, um nach Australien auszuwandern, oder wenn der Vertrag im Interesse des creditor creditoris geschlossen wird, um ihm mehr zukommen zu lassen, als er bisher zu beanspruchen hatte (höhere Zinsen &c.).

16) Also auch keinen bedingten oder betagten Anspruch, nicht einmal ein festes Anwartschaftsrecht (s. o. Bd. I § 33). Er hat eine bloße Hoffnung auf den Erwerb.

Vertragsparteien können folglich die dem Dritten in Aussicht gestellten Rechtsvortheile bis dahin wieder zurücknehmen[17]). Und wenn letzterer vor dem Versprechensempfänger stirbt, fällt seinen Erben nichts zu[18]), da auch ihr Erblasser noch nichts aus dem Vertrage erworben hatte. Nur wenn einem noch nicht Geborenen durch den Vertrag etwas zugewendet war, soll es ihm mit dem Tode des Versprechensempfängers nicht mehr geschmälert werden können, falls die entgegengesetzte Befugniß nicht im Vertrage besonders vorbehalten war[19]). Abs. 2.

Selbstredend kann der Rechtserwerb des Dritten nach Inhalt des Vertrages auch noch weiter hinausgeschoben sein. Von diesem und den obigen Fällen abgesehen, erwirbt er mit Abschluß des Vertrages — wenn auch eventuell nur bedingt oder betagt[20]). Arg. § 328.

2. Hiermit ist auch zugleich die Grundlage für die Entscheidung gewonnen, ob die Vertragsparteien in der Lage sind, ihren Vertrag ohne Zustimmung des Dritten zu ändern oder wieder aufzuheben? Sie sind es, solange der Dritte aus dem Vertrage noch kein Recht erworben hatte[21]). Sie sind es nicht mehr vom Augenblick des Anfalls der begründeten Rechte an den Dritten[22]), es sei denn, daß die Abänderungsbefugniß im Vertrage vorbehalten war[23]). Einen Zweifelspunkt regelt § 332[24]).

---

17) Z. B. bei Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten, bevor der Verfall der Versicherungssumme eingetreten ist. — Damit hängt auch die Vorschrift des § 332 BGB. zusammen. S. u. Ziff. 2.

18) Falls sie nicht substituirt sind, also die Vertragsleistung auch besonders zu ihren Gunsten bedungen war.

19) Denn die Erben des Versprechensempfängers würden sonst dazu wohl immer geneigt sein, und folglich der Vertrag illusorisch werden.

20) Hellwig S. 210ff.

21) Beispiele oben bei Note 12 u. 17.

22) Bei Frachtsendungen nach §§ 433, 435 HGB., sobald der Frachtführer dem Adressaten den Frachtbrief nach Ankunft des Frachtguts am Ablieferungsorte übergeben hat.

23) Bei solchem Vorbehalt stehen die Rechte des Dritten unter einer Resolutivbedingung, die auf die Abänderungsvereinbarung der Parteien gestellt ist. Möglicherweise hat auch der Versprechensempfänger allein sich das Recht der Abänderung vorbehalten. Dann genügt seine einseitige Erklärung (ähnlich wie oben § 174 bei Note 15ff.). — Ueber Rücktrittsrecht des Versprechenden vor dem Vertrage s. Hellwig S. 298ff.

24) Hatte sich der Versprechensempfänger die Befugniß vorbehalten, an Stelle des erstbegünstigten Dritten einen Anderen zu setzen, so soll diese Befugniß im Zweifel bis zu seinem Tode dauern. Die Erklärung kann sogar durch letztwillige Verfügung geschehen (was an sich zweifelhaft wäre, weil die letztwillige Verfügung keine Erklärung gegenüber dem Versprechenden ist, und wegen Note 9).

3. Der Anfall der Rechte an den Dritten, wenn er auch von selbst erfolgt, soll doch nicht gegen den Willen des Dritten erfolgen. Demgemäß kann der Dritte (wie ein Vermächtnißnehmer) das Recht aus dem Vertrag zurückweisen mit der Wirkung, daß es als niemals angefallen gilt. § 333 BGB.[25]). Die Zurückweisung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Versprechenden[26]). Die Zurückweisung wird regelmäßig eine Unmöglichkeit der Erfüllung des Schuldverhältnisses für den Versprechenden herbeiführen[27]), und ihre Folgen sind aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen[28]). Eine andere Frage ist, ob jetzt der Versprechensempfänger die zurückgewiesene Leistung oder deren Surrogate für sich in Anspruch nehmen kann. Dies hängt von dem Vertrage ab. Im Zweifel wird man die Frage bejahen müssen, wenn der Versprechensempfänger für die Leistung an den Dritten ein Aequivalent gegeben oder versprochen hatte[29]).

4. Das Recht des Dritten ist ein selbständiges Recht. Eine Abtretung der Ansprüche des Versprechensempfängers liegt ebensowenig vor, wie eine Uebernahme der etwaigen Verpflichtungen desselben wider den Dritten durch den Schuldner[30]). Daraus ergibt sich, daß der Dritte bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags nicht den Schaden des Versprechensempfängers, sondern seinen eigenen ersetzt verlangen kann[31]); daß er nicht Einwendungen[32]) ausgesetzt ist, die sich aus den persönlichen Beziehungen des Schuldners zum Versprechensempfänger ergeben[33]). Das Recht des Dritten ruht

25) Entsprechend §§ 1953, 2180 BGB.

26) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Hellwig S. 261 ff. Der § 333 spricht nur von der Ausschlagung des schon „erworbenen" Rechts, weil dies der wichtigere Fall ist und für ihn die Rückwirkung bestimmt werden mußte. Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die Ausschlagung vor dem Erwerb (z. B. im Falle § 331) zuläßig ist, mit dem Effekt, daß dann der Dritte niemals erwirbt. — Auf die Zurückweisung kann verzichtet werden (regelmäßig bis zur Annahme; mit Einwilligung der Parteien auch noch später).

27) Bei mehreren Dritten kann u. A. das, was der eine ausschlägt, dem anderen anwachsen.

28) Vgl. o. § 158. — Die Zurückweisung der Leistung setzt Geschäftsfähigkeit des Dritten voraus (s. Note 26); der einfache Rechtserwerb durch Anfall nicht, da er ipso iure erfolgt.

29) War die Leistung an den Dritten für den Versprechenden blos eine Auflage (s. o. Bd. I § 75 Ziff. 1, § 78 Ziff. 2), so läßt sich eher das Gegentheil behaupten. S. auch Dernburg § 106 i. f.

30) Dadurch unterscheidet sich der Vertrag auf Leistung an einen Dritten ebensowohl von der Cession, wie von der Schuldübernahme (s. u. § 197 ff., 202 ff. und in einem Spezialfall schon oben Note 14).

31) S. auch Hellwig S. 91—92.

32) Hierzu ausführlich Hellwig S. 268 ff.

33) Z. B. dem Einwand der Aufrechnung mit einer Gegenforderung wider den Versprechensempfänger u. dgl. — Noch weniger ist der Dritte

aber auf dem Vertrage. Daher muß er sich alle Einwendungen gefallen lassen, die aus der Gültigkeit und dem näheren Inhalt des Vertrages hergeleitet werden[34]). § 334 BGB.[35]). Der Schuldner hat eben nicht dem Dritten besonders versprochen und dadurch seine Verpflichtung von der ursprünglichen Schuldgrundlage abgelöst[36]).

5. Schließlich ist in § 335 BGB. die ehemalige Streitfrage gelöst, ob neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger aus dem Vertrage einen Anspruch hat? Die Frage wird bejaht, soweit nicht ein anderer Vertragswille erhellt. Doch kann der Versprechensempfänger die Leistung nicht an sich selbst, sondern nur an den Dritten verlangen[37]).

Viertes Kapitel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 181.

Uebersicht der verschiedenen Erlöschungsgründe.

Die Schuldverhältnisse sind regelmäßig nicht zur Dauer bestimmt[1]). Sie sind nicht die rechtliche Verwirklichung dauernden Besitzes und Ge-

---

Einwendungen ausgesetzt, die sich aus dem Kausalverhältniß zwischen ihm und dem Versprechensempfänger ergeben. Dieserhalb kann der Versprechensempfänger später nur kondiziren. S. auch Hellwig S. 343.

34) Z. B. der Unmöglichkeit der Leistung an den Dritten; etwaiger Bedingung oder Befristung seines Rechts; der Abänderung des Vertrags nach Ziff. 2; die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§§ 320 ff. BGB.), z. B. der nicht gezahlten Versicherungsprämien. Desgl. der Nichtigkeit wegen Formfehler (vgl. dazu übrigens oben Note 4).

35) Wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Irrthums, arglistiger Täuschung 2c. des Schuldners muß der Vertrag gegenüber dem Versprechensempfänger angefochten werden. Danach ist der daraus entspringende Einwand dem Dritten gegenüber zu erheben.

36) Dadurch unterscheidet sich der Vertrag auf Leistung an einen Dritten hauptsächlich von der Anweisung. S. §§ 783 ff. BGB. u. unten §§ 307, 308. — Ueber die condictio des Zahlenden, wenn er dem Versprechensempfänger nichts schuldig war, s. Hellwig S. 275. Sie geht wider den Dritten ebenso wie gegen den Versprechensempfänger.

37) Nach Maßgabe von Ziff. 4. Detail bei Schollmeyer zu § 335. — Ohne genügende Begründung nimmt Hellwig S. 310 ff. eine Gesammtgläubigerschaft (s. u. § 208) des Versprechensempfängers und des Dritten an. Laut §§ 429 Abs. 3, 423 BGB. könnten die Vertragsparteien dann noch nach stattgefundenem Rechtserwerb des Dritten den letzteren durch Erlaß der Schuld seiner Rechte berauben, was nach Ziff. 2 oben ausgeschlossen ist. — Für den Fall, daß der Dritte die Leistung zurückgewiesen hatte, s. o. Ziff. 3 am Ende.

1) Dies gilt vor Allem für die einzelnen Forderungen und Schulden, in Gegensatz zu dem gesammten Rechtsverhältniß, zu dem dieselben gehören (z. B. einem gegenseitigen Vertrage). S. auch Dernburg § 112 i. f. Das Vertragsverhältniß als solches ist oft ein langdauerndes, z. B. eine Gesellschaft, ein Mieth- oder Pachtverhältniß 2c.

nusses und daher angelegt auf Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so haben sie überhaupt ihre Existenzberechtigung verloren und sind daher zur Aufhebung reif [2]).

Aus diesen Gründen ist das Erlöschen der Schuldverhältnisse ebenso wichtig wie ihr Entstehen, und im Anschluß an dieses zu behandeln.

1. Es sind jedoch hier nur diejenigen Erlöschungsgründe zu behandeln, welche den Schuldverhältnissen eigenthümlich sind, nicht solche, welche bei allen Rechten vorkommen [3]).

2. Von den schuldrechtlichen Aufhebungsgründen ist derjenige durch eintretende Unmöglichkeit der Leistung schon besprochen [4]). Im Uebrigen [5]) erwähnt das Gesetz die Erfüllung und Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung, Aufrechnung und den Erlaß. §§ 362 ff. Doch gibt es noch andere Erlöschungsgründe, die sich theils aus dem Begriff des Schuldverhältnisses, theils aus anderen allgemeinen Grundsätzen ergeben, wie die Vereinigung von Gläubiger und Schuldner (confusio), die Ersetzung des alten Schuldverhältnisses durch ein neues (Novation), die Aufhebung mehrerer auf einem gegenseitigen Vertrag beruhenden Schuldverhältnisse durch Aufhebung dieses Vertrages (contrarius consensus) [6]), und unter Umständen das Erlöschen durch Tod eines der Betheiligten [7]) [8]).

---

2) S. übrigens oben § 138 Ziff. 3.

3) Von den letzteren ist im Allgemeinen Theil (Bd. I) die Rede gewesen. Z. B. von den Wirkungen des Eintritts einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins (s. Bd. I §§ 100, 102, 112); der Aberkennung einer Forderung durch rechtskräftiges Urtheil (Bd. I § 130 Ziff. II). — Die Verjährung (Bd. I § 117 und oben § 140 Ziff. 3) oder das Entgegenstehen einer anderen Einrede (Bd. I § 36) tilgt die Forderung keineswegs. Der Sinn der Einrede ist nur, daß der Schuldner ein Weigerungsrecht der Leistung hat. Das Forderungsrecht ist dadurch nur lahmgelegt, nicht aufgehoben, und die Lahmlegung ist bald mehr bald weniger gründlich. S. §§ 813 ff., 222 Abs. 2 BGB. u. Bd. I § 118. (Die röm. Grundsätze über das Erlöschen der Forderungsrechte ope exceptionis sind nicht mehr zutreffend.)

4) Weil er nicht immer, sondern nur unter ganz besonderen Voraussetzungen die Aufhebung bewirkt. S. o. § 158.

5) Nicht hierher gehören der Rücktritt vom Vertrage und die Kündigung, weil sie (vgl. §§ 156, 174 ff.) nicht die einzelne Forderung aufheben, sondern nur entweder deren Fälligkeit herbeiführen oder ein ganzes Rechtsverhältniß (oben Note 1) aufheben oder beendigen.

6) Ist der Vertrag kein gegenseitiger, so würde die Aufhebung in diesem Zusammenhang nur einen Erlaß bedeuten. — Zwar kommt der contrarius consensus auch bei anderen Verträgen vor; es handelt sich nicht um eine spezifisch schuldrechtliche Erscheinung. Aber als schuldtilgender Akt ist er hier zu erwähnen. S. noch unten § 195 Note 17.

7) Wenn das Schuldverhältniß ein höchstpersönliches ist. Davon

3. Der wichtigste Erlöschungsgrund ist die Erfüllung: die Leistung des Geschuldeten. In anderen Fällen erhält der Gläubiger nicht gerade das Geschuldete, wird aber dennoch materiell befriedigt. Wir reden hier von Erfüllungssurrogaten. Endlich kann der Schuldner befreit werden, ohne daß damit eine Befriedigung des Gläubigers verbunden ist. Wir ordnen die Erlöschungsgründe im Wesentlichen nach diesen Merkmalen.

I. Erfüllung.

A. Ordnungsmäßige*.

§ 182.

Erfüllung ist Bewirkung der geschuldeten Leistung in der Absicht, die Verbindlichkeit zu tilgen[1]). § 362 Abs. 1. Sind also mehrere Schuldverhältnisse vorhanden, auf welche die Leistung paßt, so tilgt sie nur dasjenige Schuldverhältniß, welches sie nach Absicht des Leistenden tilgen soll. § 366 Abs. 1. Ebenso wenn der Schuldner nicht an den Gläubiger direkt, sondern an einen Dritten leistet, tritt jene Absicht bedeutsam hervor[2]). S. § 362 Abs. 2.

war im Allgemeinen schon oben Bd. I § 29 (zu Note 22) die Rede. — Der Fortfall des Interesses an der Leistung hebt nach Krückmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 88 das Schuldverhältniß nicht auf, aber der Schuldner soll die Erfüllung verweigern können, solange er ein berechtigtes Interesse an der Nichterfüllung habe. Aber auf das einseitige Schuldinteresse die Verpflichtung abzustellen, ist mindestens bedenklich. Vgl. auch das oben § 141 Note 9 Gesagte.

8) Ebensowenig ist der sog. concursus duarum causarum lucrativarum (vgl. l. 17 Dig. de O. et A. 44, 7) für sich ein Endigungsgrund der Schuldverhältnisse. Das Gesetz erwähnt ihn nicht mehr, und mit gutem Grunde. Wenn Jemand aus einem unentgeltlichen Verhältniß (Schenkung, Vermächtniß) einen Gegenstand zu fordern hat, und erhält ihn inzwischen aus einem anderen ähnlichen Verhältniß (von demselben Schuldner oder einem Dritten), so erlischt das erste Forderungsrecht wegen eingetretener Unmöglichkeit der Leistung (also aus den Gründen bei Note 4). So schon Mommsen, Beiträge I S. 255, Hellmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 433, Schollmeyer § 275 Note 3.

*) Vgl. Gruchot, Die Lehre v. d. Zahlung der Geldschuld (1871) u. dazu Regelsberger, Krit. Vjschr. Bd. 15 S. 159; Römer, Beiträge z. L. v. d. Erfüllung der Obligationen (1877); G. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. Bd. 3 S. 998; Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. 15 S. 529. — Stammler S. 214; Dernburg §§ 113—117; Endemann I § 141; Cosack § 108; Mathiaß I § 92; Enneccerus I §§ 206 ff.

1) So schon nach röm. Recht. Von der betreffenden Absicht ist zwar in § 362 BGB. nicht besonders die Rede, aber nur, weil sie sich regelmäßig schon aus der Kongruenz von Leistung und Verpflichtung ergibt und der Schuldner nicht stets noch jene Absicht beweisen muß. Dagegen zeigt sich die Bedeutung dieses Moments sofort in den weiteren Textfällen. Ebenso unten bei Note 8—11.

2) Denn nur durch sie wird hier die Leistung zur Erfüllung. (Vorausgesetzt natürlich, daß die Leistung an sich überhaupt geeignet ist, das Schuldverhältniß

Bei Geldleistungen spricht man verkehrsüblich von **Zahlung.** Damit ist die Erfüllung gemeint[3]).

1. **Was geschuldet ist, ergibt sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses,** wie dieser sich nach dem Willen der Parteien und den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften[4]) darstellt. Den **Inhalt** hat im Streitfalle der Gläubiger, — die **Uebereinstimmung** des Geleisteten mit diesem Inhalt der Schuldner zu beweisen. Nur wenn der Gläubiger die als Erfüllung angebotene Leistung **vorbehaltslos angenommen** hat und nachher ihre Uebereinstimmung mit dem Schuldinhalt oder ihre Vollständigkeit bestreitet, so muß er den Beweis der Mängel führen. Denn durch die Annahme hat er das Geleistete als Erfüllung anerkannt[5]). § 363 BGB.

Eine dem Schuldverhältniß entsprechende Leistung darf vom Gläubiger nicht zurückgewiesen werden, widrigenfalls derselbe in Annahmeverzug geräth[6]). Soweit es nicht auf persönliche Leistung des Schuldners ankommt, gilt dies auch dann, wenn die Leistung dem Gläubiger von einem **Dritten** angeboten wird[7]). Die Leistung des Dritten ist richtige Erfüllung, vorausgesetzt daß sie in der Absicht der Schuldtilgung geschah. Glaubte der Dritte seine eigene Schuld zu tilgen, so kann er zurückfordern und das betreffende Schuldverhältniß ist nicht erloschen[8]).

Eine Erfüllung unter Vorbehalt von Einwendungen gegen das Schuldverhältniß braucht dagegen nicht angenommen zu werden[9]) resp. es geräth der Gläubiger dadurch nicht in Annahme-

zu tilgen. Darüber s. u. die Kriterien der Erfüllung.) § 362 Abs. 2 spricht auch ausdrücklich von der Leistung zum **Zwecke** der Erfüllung.

3) Auch sonst wirft der Verkehr die Ausdrücke **Zahlung** und **Erfüllung** durcheinander. Es genügt, daß man weiß, was gemeint ist. Vgl. § 133 BGB. Auch wir legen uns nicht puristisch auf den einen oder anderen Ausdruck fest, wo kein Mißverständniß zu besorgen steht.

4) S. darüber insbesondere oben §§ 154 ff., aber auch § 142 und für einzelne Fälle §§ 145 ff., 147 ff.

5) S. darüber schon oben § 169 gegen Ende. Z. B. der Gläubiger nahm den Schuldgegenstand in einer Verpackung an. Ist der Beweis der Unvollständigkeit des Geleisteten ꝛc. vom Gläubiger geführt, so kann er sein Forderungsrecht weiter verfolgen (es ist durch die Leistung nicht getilgt). Ebenso kann er alsdann seine etwaige Gegenleistung zurückhalten. — Nimmt er freiwillig **Theilleistung** an, so ist das Schuldverhältniß insoweit aufgehoben.

6) S. o. §§ 163 ff. Wohl aber eine Theilleistung, auch wenn der Schuldner den Rest der Forderung bestreitet. Der Gläubiger kommt durch die Zurückweisung auch für den unbestrittenen Theil der Forderung nicht in Annahmeverzug. S. § 266 BGB. — Ueber die **ausnahmsweise Verpflichtung** des Gläubigers zur Annahme des Geschuldeten s. o. § 163 Note 6 ff.

7) Vgl. § 154.

8) Vgl. **Ruhstrat** im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 S. 417.

9) So mit Recht (gegen **Stölzel**, Schulung f. d. civ. Praxis Bd. 2 S. 97)

verzug. Denn hier fehlt der Zweck der Zuwendung[10]) als Schuldtilgung, und darum schafft diese Leistung keinen Frieden[11]).

2. Die Erfüllung ist nicht nothwendig ein Vertrag des Leistenden mit dem Gläubiger[12]); vielmehr kann sie nach Inhalt des Schuldverhältnisses auch in einer einseitig zu bewirkenden Leistung bestehen, z. B. im Vollzug einer Geschäftsführung oder in einem Unterlassen[13]). In den meisten Fällen ist aber die Erfüllung nur bei Annahme der Leistung möglich; dann kommt sie nicht ohne Vertrag des Leistenden und Annehmenden zu Stande[14]). Ja die Bedeutung dieses Vertrags geht oft weit über das Gebiet des Schuldrechts hinaus. Der wichtigste Fall ist die Uebereignung geschuldeter Sachen nach §§ 925, 929 ff. BGB.[15]), oder die Besitzübergabe zum Zwecke des Gebrauchs[16]).

Geschäftsfähigkeit des Schuldners zu wirksamer Vornahme des Erfüllungsaktes ist nur zu verlangen, wenn letzterer nicht blos in thatsächlichen Handlungen besteht[17]). Aber auch abgesehen davon kann das Erfüllungsgeschäft regelmäßig in dem Fall nicht rückgängig gemacht werden, wenn der Gläubiger dadurch nicht mehr erhalten hat, als ihm gebührte[18]). Denn die erfolgte Zuwendung ist grundsätzlich aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers zurückzufordern[19]), welche hier fehlt[20]).

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung (1899) bes. S. 66 ff.; Dernburg § 113 Ziff. IV; Enneccerus § 206 I Ziff. 3; Oertmann zu § 362 Note 6; Schollmeyer Note 1. — Anders, wenn der Schuldner unter Vorbehalt von Einwendungen verurtheilt ist.

10) S. o. Bd. I §§ 74, 75.

11) Sie kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden und demgegenüber hätte der Gläubiger das Bestehen der Schuld zu beweisen. Dies ist ihm nicht zuzumuthen. S. auch Entsch d. RG. Bd. 30 S. 174.

12) Oder dessen Ersatzmann resp. an wen sonst zu leisten ist. S. u. Ziff. 3.

13) Vgl. Kohler in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 261 ff.; Stammler S. 221 ff.; Dernburg § 113 Ziff. II. — Soweit der Gläubiger nicht mitzuwirken hat, ist dessen Geschäftsfähigkeit zu wirksamer Erfüllung nicht erforderlich.

14) So mit Recht die herrschende Lehre. Vgl. Oertmann zu § 362 Note 5 u. A.

15) Hier ist der Vertrag sachenrechtliches Geschäft als Zuwendung, — schuldrechtliches in Ansehung seines Zweckes. Sog. datio solutionis causa. S. o. Bd. I § 74 i. f.

16) Z. B. bei Miethe, Pacht, Leihe u. dgl.

17) Z. B. Kleiderreinigen, Stiefelputzen und sonstige rein thatsächliche Geschäftsbesorgungen. S. auch Oertmann § 362 Note 4a; Dernburg § 114 Ziff. VIII.

18) Auch nicht vorzeitig. § 813 Abs. 2 ist auf Leistung durch einen geschäftsunfähigen Schuldner nicht anwendbar. S. auch Dernburg § 114 i. f.; Enneccerus § 206 I Ziff. 1.

19) S. o. Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

3. Empfangsberechtigt für die Leistung ist der Gläubiger[21]). Dieser selbstverständlich ohne Weiteres. Ausnahmsweise darf an den Gläubiger dann nicht mehr geleistet werden, wenn die Forderung von einem Dritten mit Beschlag belegt, also wenn sie gepfändet, oder der Konkurs über das Vermögen des Gläubigers eröffnet worden ist[22]). Vgl. §§ 829, 845, 930, 936 CPO., § 8 KO. Ein solcher Beschlag hindert auch die Erfüllung gegenüber den weiter genannten besonderen Empfangsberechtigten. Der Schuldner wird in solchem Fall, soweit die Wirkung der Beschlagnahme sich erstreckt, durch die Erfüllung nicht frei, sondern muß eventuell noch einmal leisten.

a) Die Erfüllung kann selbstverständlich auch an einen Vertreter des Gläubigers erfolgen, der zum Empfang legitimirt ist[23]) — mag es sich dabei um gesetzliche Vertretung oder um Vollmacht handeln. Im letzteren Falle ist es Auslegungsfrage, ob die Vollmacht sich auf die Annahme von Zahlungen erstreckt[24]). Fehlte die Vollmacht, so muß der Schuldner eventuell noch einmal leisten[25]). Wegen dieser Gefahr gibt das Gesetz einige Sondervorschriften. Soweit diese sich auf Rechtshandlungen des Vertreters überhaupt beziehen, z. B. eine unbeschränkbare Vollmacht desselben gegenüber Dritten begründen, sind sie hier nicht besonders zu erwähnen[26]). Auf die Erfüllungsannahme

20) Wäre das Geleistete nicht als Zuwendung aufzufassen, so könnte der Gläubiger gegen den Rückforderungsanspruch noch die allgemeine Doluseinrede (Bd. I § 36 Note 13 ff.) vorschützen, auf die schon die Römer im Nothfall rekurrirten. Vgl. l. 15 Dig. de sol. et lib. 46, 3.

21) Dies ist nicht nur der ursprüngliche Gläubiger, sondern im Fall der Abtretung einer Forderung (s. u. §§ 197 ff.) der Cessionar. Selbstverständlich auch der allgemeine Rechtsnachfolger des Gläubigers, insbesondere dessen Erbe. — Wird die Berechtigung des Fordernden bestritten, so muß derselbe sich als Gläubiger ausweisen.

22) Was dazu gehört, ist hier nicht zu erörtern. Wegen des Konkurses s. noch unten § 183. Die Wirkung der Pfändung tritt regelmäßig erst mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ein. Daran schließt sich eine Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den pfändenden Gläubiger: sei es zur Einziehung der Forderung (eine Art mandatum in rem suam) oder an Zahlungsstatt. (Dies führt zu einer erzwungenen Abtretung der Forderung, s. u. § 197 Note 7 ff.).

23) S. o. Bd. I §§ 104 ff.

24) Aeltere Gesetze stellten bei Generalvollmachten zuweilen eine Vermuthung dafür auf. So das franz. Recht in Art. 1988 Code Nap. (Erfüllung ist ihm regelmäßig eine Verwaltungshandlung). Anders Preuß. A.LR. I Tit. 13 § 105. Im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt der Begriff der Generalvollmacht und jede bezügliche Bestimmung. Die Auslegung hat im Einzelfall zu walten. S. Bd. I § 104 zu Note 34.

25) Ebenso wenn die Vollmacht gefälscht war. — Anders wenn das Geleistete dennoch dem Gläubiger zu Gute gekommen ist (s. u.).

26) Vgl. o. Bd. I § 104 Note 33. Hierhin gehört z. B. die Vertretungsmacht des Prokuristen und des Prozeßbevollmächtigten. Letztere begreift

speziell bezieht sich eine Vorschrift zu Gunsten des mit der Zwangsbeitreibung beauftragten Gerichtsvollziehers. §§ 754, 755 CPO.[27]). In anderen Fällen besteht nur eine Vermuthung für die Vollmacht zum Empfange. So gilt der Ueberbringer einer Quittung des Gläubigers als ermächtigt zum Empfange der quittirten Leistung, es sei denn, daß dem Leistenden Umstände bekannt waren, welche der Unterstellung einer solchen Ermächtigung entgegenstanden[28]). § 370 BGB. Handlungsbevollmächtigte im Sinne der §§ 54 ff. HGB. müssen zum Empfang von Zahlungen 2c. befugt gelten, wenn dies ihrer geschäftlichen Stellung in dem betreffenden Handelsgewerbe entspricht[29]). Insoweit besteht auch hier ein gesetzlich vermutheter Umfang der Vollmacht, welchem der Dritte trauen darf, falls er eine außergewöhnliche Beschränkung der letzteren weder kannte noch kennen mußte.

Das dem Vertreter Geleistete geht, wenn es sich um eine Uebereignung handelt[30]), regelmäßig sofort in's Eigenthum des Gläubigers, wenn auch der Vertreter den Besitz erlangt[31]).

Die Vollmacht ist nach den allgemeinen Grundsätzen widerruflich[32]).

b) Eine Ermächtigung zum Empfang der Leistung für einen Dritten kann auch durch das Rechtsgeschäft selbst ertheilt sein, auf dem das Schuldverhältniß beruht. Hier kann bestimmt sein,

nach § 81 CPO. die Annahme von Zahlungen für die Partei nicht in sich (sondern nur zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten).

27) Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 80, Bd. 17 S. 30 u. f. w.

28) Die Umstände muß er kennen; die Schlußfolgerung daraus ist mit pflichtmäßiger Sorgfalt zu ziehen (also eine Frage des allgemeinen Verschuldens). Vgl. schon oben Bd. I § 104 Note 18. Z. B. der Gläubiger hatte dem leistenden Schuldner kurz vorher mitgetheilt, daß er den betreffenden Handlungsgehülfen, welcher die Quittung überbrachte, wegen Unredlichkeit entlassen habe. — Daß die Quittung sich als eine Blankettausfüllung darstellt, steht für sich allein der Zahlungsbefugniß nicht entgegen. Dagegen ist § 370 unanwendbar, wenn die Quittung gefälscht ist. S. schon oben Note 25 u. Dernburg § 114 Ziff. II.

29) Z. B. wenn sie im offenen Laden Waaren gegen baar verkaufen. Ist aber in dem Laden eine Kasse errichtet, so gilt nur derjenige Handlungsbevollmächtigte als befugt, welcher die Kasse bedient. — Handlungsreisende gelten nach § 55 Abs. 2 HGB. insbesondere für ermächtigt, die Kaufpreise aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen. Handlungsagenten nach § 86 HGB. nur auf Grund besonders ertheilter Ermächtigung. S. jedoch auch § 87 eod.

30) S. o. Note 15.

31) Aneignung durch den Vertreter ist daher Unterschlagung. — Möglicherweise kann der Parteiwille dahin gehen, den Vertreter zum Eigenthümer zu machen (mit Restitutionspflicht an den Gläubiger). Aber ohne besondere Anhaltspunkte ist dies nicht anzunehmen. Anders bei sog. mittelbarer Stellvertretung (Bd. I § 103 zu Note 11 ff.), z. B. bei Leistung an einen Kommissionär. Hier liegt überhaupt keine Stellvertretung in unserem Sinne vor.

32) Vgl. dazu oben Bd. I § 104 zu Note 23 ff. Dort insbesondere auch über den Schutz gutgläubiger Dritter, d. i. hier des Erfüllenden.

an wen zu leisten sei. Diese vertragliche Bestimmung ist ebenso unwiderruflich, wie der Vertrag selbst. Der Schuldner hat dadurch ein Recht erlangt, an die bezeichnete Person zu leisten[33]), ein Recht, das ihm vom Gläubiger nicht willkürlich entzogen werden kann[34]). Dagegen folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Schuldner dem bezeichneten Dritten dann nicht mehr leisten darf, wenn in dessen Person Umstände eingetreten sind, durch welche der Vortheil der Leistung für den Gläubiger wesentlich gefährdet erscheint[35]). Auf die Erben des Dritten geht die Ermächtigung im Zweifel nicht über[36]).

c) In gewissen Fällen wird durch Leistung an den Dritten mittelbar eine Befreiung des Schuldners herbeigeführt. So

α. wenn an einen nicht beauftragten Geschäftsführer des Gläubigers geleistet wurde und der Gläubiger dies genehmigt[37]). Vgl. §§ 362 Abs. 2 u. 185 BGB.;

β. wenn eine Konvalescenz des Aktes als Erfüllung eintritt, indem der Empfänger der Leistung nachträglich das Forderungsrecht erwirbt, oder der Gläubiger den Empfänger beerbt und für die Nachlaßverbindlichkeiten desselben unbeschränkt haftet[38]). § 185 BGB.

γ. Wenn außer diesen Fällen der Gläubiger durch die Leistung an den Dritten thatsächlich das erhält, was er zu fordern hat. Dann ist ein erneutes Leistungsbegehren des Gläubigers in Zukunft ausgeschlossen[39]). Auch der Schuldner kann das Geleistete vom Gläubiger nicht mehr zurückverlangen[40]). Soweit der Gläubiger nur theilweise empfing, was ihm gebührte, wirkt auch der Einwand nur für

---

33) Z. B. die Miethgelder an den sog. Vizewirth des Hauses zu bezahlen.

34) Die Römer bezeichneten einen solchen Empfangsbevollmächtigten als solutionis causa adiectus (vgl. § 4 J. de inutil. stip. 3, 19; l. 12 § 3, l. 59, 106 Dig. de sol. et lib. 46, 3). Seine Rechtsstellung ergibt sich aus dem allgemeinen Inhalt des Vertrages. — Der bezeichnete Dritte kann auch der creditor creditoris sein. Vgl. Hellwig, Vertrag auf Leistung an Dritte S. 193 ff. und oben § 179 Note 5.

35) So schon römisch nach l. 38 pr. Dig. de sol. et lib. 46, 3. Dasselbe ergibt sich aus der vermuthlichen Parteiabsicht, sowie aus § 242 BGB. Z. B. der Dritte ist in Konkurs gerathen oder hat sich bereits einer Unterschlagung schuldig gemacht.

36) Denn es handelt sich wesentlich um ein Recht des Schuldners, an die Zahlstelle zu leisten; nicht um ein Recht des Dritten.

37) Also als Erfüllung gutheißt. S. auch Bd. I § 106 und weiter unten die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

38) Aehnlich schon das röm. Recht. Vgl. l. 11 § 5 Dig. de pign. act. 13, 7. u. l. 96 § 4 Dig. de sol. 46, 3. S. hierzu auch oben Bd. I § 84 zu Ende.

39) Es würde ihm der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers entgegenstehen.

40) Der Fall liegt ähnlich wie oben Ziff. 2 am Ende.

den thatsächlich empfangenen Theil. Hauptfall ist Leistung an den Drittgläubiger (creditor creditoris)[41].

d) Allgemeineren Charakters sind die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu Gunsten derjenigen, gegenüber welchen ein Nichtberechtigter wie ein Berechtigter legitimirt ist. Dies bedeutet in unserem Falle, daß die an den legitimirten Nichtgläubiger bewirkte Leistung den Schuldner befreit. Hierhin gehört gutgläubige Erfüllung an den ehemaligen Gläubiger nach Abtretung der Forderung[42], oder an den durch Erbschein legitimirten Scheinerben des Gläubigers[43] u. dgl. —

Abgesehen von diesen Fällen befreit auch entschuldbarer Irrthum über die Person des Gläubigers denjenigen, der an eine falsche Adresse leistet, nicht[44]. Ist der Gläubiger, an welchen geleistet wurde[45], nicht geschäftsfähig, so ist der Erfüllungsvertrag ungültig[46] und der Schuldner nur insoweit befreit, als das Geleistete thatsächlich dem Gläubiger zu Gute gekommen ist[47].

4. Bestehen mehrere gleichartige Forderungsrechte, so kann die Frage entstehen, auf welches von ihnen die erfolgte Leistung anzurechnen sei?[48]. Dies ist namentlich wichtig, wenn die eine Forderung reell gesichert ist[49], die andere nicht, oder wenn die eine früher verjährt als die andere. Aus dem Begriff der Erfüllung folgt nun, daß in Ermangelung[50] einer besonderen Verabredung der Parteien

---

41) Hier hat der Leistende den Gläubiger nach Maßgabe des § 267 BGB. befreit, und ist der Schuldner insoweit selbst gegen den Gläubiger geschützt. Die Römer halfen hier mit einer exceptio doli aus der Leistung, sofern diese nicht gegen das Interesse des Gläubigers ist. Vgl. l. 6 Dig. de dol. 44, 4.

42) S. §§ 407 ff. BGB. u. unten §§ 199 ff. — Nicht aber Leistung an den Inhaber einer gefälschten Abtretungsurkunde. Anders nur im Falle des § 1155 BGB., wenn die gefälschte Abtretung eine frühere ist. Aehnlich bei Indossamentpapieren, wenn eines der früheren Indossamente gefälscht ist. S. Art. 75, 76 WO. u. unten § 314.

43) S. §§ 2366 ff. BGB. u. unten das Erbrecht.

44) Wie die Fälle der Fälschung beweisen. Der Leistende hat nur ein Rückforderungsrecht wider den Empfänger. — Selbstredend hat es der Gläubiger zu verantworten, wenn er den Irrthum des Leistenden schuldhaft hervorrief. S. auch Dernburg § 114 I Ziff. 1.

45) Anders, wenn die Erfüllung keine Mitwirkung des Gläubigers voraussetzte. S. o. Note 13.

46) Nach Bd. I § 83. Der Schuldner muß solchenfalls gemäß oben lit. a an den gesetzlichen Vertreter leisten bezw. dessen Genehmigung herbeiführen.

47) Aehnlich wie oben im Falle c lit. γ.

48) Als Erfüllung. — Vgl. Henrici in Ihering's Jahrb. für Dogmatik Bd. 32 S. 99 ff. u. 262 ff.

49) Durch Hypothek, Faustpfandrecht oder auch durch Bürgen.

50) Die nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen sind sowenig zwingend, wie die meisten Regeln des

über die Tilgung[51]) in erster Linie die Bestimmung des Leistenden entscheidet[52]). So denn auch § 366 Abs. 1 BGB. Die Bestimmung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Fehlt eine solche Bestimmung oder ist sie nicht zu ermitteln, so bestimmt das Gesetz die Anrechnung[53]), und zwar so, wie es den vermuthlichen beiderseitigen Interessen entspricht. Danach ist

a) eine zur völligen Tilgung nicht ausreichende Leistung[54]) zunächst auf die etwaigen Kosten, dann auf die Zinsen[55]) der Forderung und zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen. § 367 BGB.[56]). Diese Reihenfolge der Tilgung gilt so sehr als die gewöhnliche, daß der Gläubiger bei anderweitiger Bestimmung der Anrechnung seitens des Leistenden die ganze Leistung zurückweisen darf. Abs. 2[57]).

b) Im Uebrigen wird die Leistung zunächst auf die fällige Schuld im Gegensatz zu anderen etwa nichtfälligen verrechnet. Reicht die Leistung zur Tilgung der fälligen Schulden nicht aus, so geschieht die Anrechnung (unter diesen) zunächst auf die weniger gesicherte[58]); unter

---

Schuldrechts. Oeffentlichrechtliche Interessen liegen in keiner Weise vor Dies ist auch im Wesentlichen die herrschende Meinung. Daß die Vereinbarung der Parteien über die Anrechnung den Schuldner bei der Leistung nicht binde, sondern mangels Beobachtung nur schadensersatzpflichtig mache (Planck § 366 Note 1), ist als gesucht und unzweckmäßig abzulehnen.

51) Der Vertrag über die anderweitige Anrechnung kann unter den Parteien auch bei der Erfüllung selbst gültig geschlossen werden, indem der Gläubiger eine anderweitige Anrechnung bestimmt (z. B. eine andere Schuld quittirt) und der Leistende sich dem fügt. (Wegen wesentlichen Irrthums, Betrugs ꝛc. kann er die Vereinbarung natürlich nach allgemeinen Grundsätzen anfechten, aber abgesehen davon ist sie vollkommen gültig.)

52) So schon im röm. Recht: possumus certam legem dare ei quod solvimus. Vgl. l. 101 § 1 Dig. de sol. 46, 3; l. 1 Cod. de sol. 8, 42. Das preuß. Recht faßte mehr die Vertragsnatur der Leistung in's Auge (A.LR. I Tit. 16 §§ 150 ff.). Unser Gesetz vermittelt thunlichst zwischen beiden Extremen.

53) Das röm. Recht überließ in diesem Falle zunächst die Bestimmung dem Gläubiger, der dabei aber das Interesse des Schuldners wahrzunehmen habe. Vgl. l. 1, 2, 3 Dig. u. l. 1 Cod. cit. Eine fast unmögliche Anforderung! Heutzutage kann der Gläubiger nur einen Bestimmungsversuch (Antrag) machen. Geht der Leistende darauf ein, so liegt der Fall der Note 51 vor. Trifft der Leistende eine andere Bestimmung, so ist letztere allein maßgebend. Wird darauf nicht angenommen, so geräth der Gläubiger in Annahmeverzug.

54) Wenn sie nicht als Theilleistung zurückgewiesen werden kann und vom Gläubiger zurückgewiesen wird. S. o. § 154. Dieser Befugniß wird durch § 367 BGB. in keiner Weise präjudizirt.

55) Auf die fälligen, nicht aber auf die verjährten. Dernburg § 117 nach Note 8.

56) Die Bestimmung beschränkt sich auf den Fall des Vorliegens einer bestimmten Forderung und deren Accessorien. S. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 322 ff.

57) D. h. er geräth dadurch nicht in Annahmeverzug.

58) Durch Pfand, Bürgschaft, sofortige Vollstreckbarkeit (Bd. I § 132 Ziff. III), längere Dauer der Verjährung ꝛc. Die verjährte Schuld ist auch hier auszu-

mehreren von gleicher Sicherheit auf die dem Schuldner lästigere[59]); unter mehreren gleich lästigen auf die ältere Schuld[60]), und bei gleichem Alter verhältnißmäßig auf alle vorhandenen Schulden. § 366 Abs. 2.

5. Besteht Streit unter den Parteien, ob das Schuldverhältniß getilgt sei, so hat der Schuldner die Erfüllung zu beweisen[61]). Zur Erleichterung dieses Beweises gibt man dem Schuldner seit Alters her ein Recht auf Quittung[62]). § 368 BGB. Die Quittung ist ein schriftliches Empfangsbekenntniß über das Geleistete, — eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde[63]). Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse an Ertheilung der Quittung in anderer Form[64]), so kann er sie in dieser Form verlangen. Die Kosten der Quittung hat mangels besonderer Verabredung[65]) der Schuldner zu tragen[66]), da die Ausstellung der Quittung zu seinen Gunsten erfolgt. Nur etwaige Mehrkosten, die durch Vermehrung der Personenzahl der Gläubiger (in Folge Erbschaft, Abtretung der Forderung 2c.) entstehen, fallen den Gläubigern zur Last. § 369.

Die Quittung ist nur auf Verlangen zu ertheilen. Wird aber das Verlangen gestellt, so ist sie „gegen Empfang der Leistung" zu ertheilen, also Zug um Zug gegen die Leistung auszutauschen. Leistungs- und Quittungspflicht werden nach Art der beiderseitigen Ver-

---

scheiden. Schon arg. § 396 Abs. 1 in Verbindung mit § 390 BGB. Und sicherlich auch aus inneren Gründen.

59) Z. B. wegen einer beigefügten hohen Vertragsstrafe, höheren Zinsfußes u. dgl.

60) Man kann streiten, ob damit die frühere Fälligkeit gemeint sei. So Dernburg a. a. O. bei Note 10. A. M. Planck § 366 Note 3 d. Ein Anspruch des Gläubigers entsteht jedenfalls erst mit der Fälligkeit.

61) Weil er es ist, der sich darauf berufen muß, um seine Leistungspflicht aus dem Schuldverhältniß zu entkräften. S. Bd. I § 127 zu Note 20 ff. — Auch im Falle des § 363 BGB. (s. o. Ziff. 1) muß der Schuldner wenigstens zunächst beweisen, daß er an den Gläubiger geleistet hat. Erst in Folge dessen kommt der Gläubiger dazu, Mängel des Geleisteten darzuthun.

62) Das Recht ist in der gemeinen Praxis entwickelt und theilweise in Partikulargesetzen anerkannt. So im Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 86 2c. Die Quittungspflicht beschränkt sich heute nicht auf Geldzahlungen. — Vgl. hierzu Dilloo, Die Quittung im Recht und im Verkehr (Berliner Diss. 1895); Exner in Grünhut's Ztschr. Bd. 22 S. 670; Behrend, Beiträge z. L. v. d. Quittung (1896) und die Citate zu § 304 unten.

63) S. o. Bd. I § 63 Ziff. I, und über die Schriftform eod. § 87 Ziff. 3 a.

64) Z. B. in notarieller Beglaubigung. S. auch §§ 1144, 1192 BGB., § 29 Grundb.O. 2c.

65) Bezw. soweit sich nicht aus dem konkreten Verhältniß der Parteien ein Anderes ergibt. Z. B. (§§ 662 ff., 677 ff., 688 ff., 1890 ff.), wenn der Schuldner nur im Interesse des Gläubigers thätig war.

66) Und sogar auf Verlangen vorzuschießen. Z. B. bei notarieller Aufnahme der Quittung. § 369 BGB.

pflichtungen aus gegenseitigen Verträgen behandelt. Insbesondere darf der Schuldner die Leistung bis zur Aushändigung der Quittung zurückhalten und kommt solange nicht in Verzug[67]). Wer ohne Quittung erfüllte, kann die Quittung auch noch nachverlangen und eventuell darauf klagen[68]). Er verlangt damit nur sein Beweismittel, auf das er nach dem Gesetz ein Recht hat: das Bekenntniß[69]) des Gläubigers über den Empfang[70]).

Allerdings kann in dem Geben und Nehmen der Quittung auch ein Vertrag der Parteien liegen, wenn ein dahin gehender besonderer Vertragswille vorhanden ist. Die Vertragsabsicht kann blos dahin gehen, die Erfüllung als bewiesen ansehen zu wollen (Beweisvertrag). Dann hat auch das Geben und Nehmen der Quittung keine größere Bedeutung als die Quittung selbst: der Gläubiger kann die Kraft des Vertrags durch einfachen Gegenbeweis[71]) beseitigen, — nicht anders wie auch gegen die Quittung als Beweismittel Gegenbeweis zuläſſig ist. Dieser Fall scheidet für eine besondere Betrachtung aus[72]).

---

67) S. § 320 BGB. und oben § 169. Im röm. Recht gab es auch Bestimmungen über den Fall, daß eine Quittung vor Erfüllung (in Erwartung der Leistung) ertheilt wird, und letztere dann ausbleibt. Quittungen sollten danach überhaupt erst nach 30 Tagen seit der Ausstellung Beweiskraft haben, und der Aussteller während dieser Zeit berechtigt sein, sie (durch querella non solutae pecuniae) zurückzufordern resp. ihrer Beweiskraft zu berauben. Umgekehrt stieg die Beweiskraft nach Ablauf der 30 Tage. Diese Besonderheiten wurden schon durch § 17 EG.CPO. beseitigt. Der Beweis der nicht gezahlten Valuta steht heute dem Aussteller nach allgemeinen Grundsätzen frei; — ob er genügt, hängt davon ab, in welchem Sinne die Quittung ertheilt ist. Darüber s. unten Noten 70 u. 74.

68) Im allgemeinen Gerichtsstand des Gläubigers. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 436.

69) Wie § 368 BGB. es direkt nennt: „schriftliches Empfangsbekenntniß".

70) Es kann also kein Zweifel sein, daß die Quittung im Rahmen dieser Bestimmung nur ein Beweismittel (im oben Bd. I § 63 zu Note 8 besprochenen Sinne) ist. S. auch Bülow, Geständnißrecht (1899) S. 185—190; Dernburg § 115 Ziff. VIII; Schollmeyer, Oertmann zu § 368. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 242. A. M. Collatz in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 135 ff.; Endemann § 141 I Ziff. 3; Planck § 368 Note 5. Die praktische Folge ist, daß für die Regel einfacher Gegenbeweis des Gläubigers zur Entkräftung genügt. — Nur auf Quittung dieser Art hat der Schuldner nach § 368 ein Recht.

71) Der Unwahrheit der Erfüllung.

72) Sehr zum Glück! Denn wenn die Quittung inter praesentes ertheilt oder auch nur einfach zugeschickt war, könnte kaum je mit Sicherheit gesagt werden, ob der Uebergabe und Annahme des Schriftstücks nicht die Absicht zu Grunde gelegen habe, die wahre Sachlage als bewiesen anzunehmen. Auf so transcendentale Untersuchungen können wir uns nicht einlassen. — Allerdings wird auch der Beweisvertrag von Anderen wieder verschieden aufgefaßt, z. B. daß dem Aussteller der Quittung der einfache Gegenbeweis nicht offen stehen soll. Dann nähert sich der Fall dem gleich folgenden.

Die Vertragsabsicht kann aber auch dahin gehen, etwas dem Inhalt des Bekenntnisses Entgegenstehendes nicht ferner behaupten zu wollen[73]). Also selbst dann nicht, wenn der Inhalt der Wahrheit nicht entspräche! Hier geht der Vorgang in den negativen Anerkennungsvertrag über. § 397 Abs. 2 BGB. Daß der Quittungsertheilung ein solcher Sinn untergelegen habe, ist jedoch nicht ohne Weiteres anzunehmen. Es muß bewiesen werden (wie ein behaupteter Erlaß)[74]).

6. Hatte der Schuldner über die Forderung einen Schuldschein ausgestellt, so kann er auch Rückgabe dieses Schuldscheins, und wenn der Gläubiger dazu außer Stande zu sein behauptet, ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß des letzteren[75]) verlangen, daß die Schuld erloschen sei. § 371. Auch hier handelt es sich um eine Zug um Zug gegen die Leistung zu erfüllende Verpflichtung des Gläubigers. Doch kann der Schuldner das Verlangen auch noch nachher stellen. Das hier in Rede stehende Anerkenntniß geht über die Natur eines Beweismittels[76]) weit hinaus. Es hat den Charakter des negativen Anerkennungsvertrages (§ 397 Abs. 2 BGB.), und zwar selbst dann, wenn der Schuldner die Abgabe der Erklärung erzwingen, also darauf klagen muß[77]). Die Kosten des Anerkenntnisses hat der Gläubiger zu tragen, da er seine Nothwendigkeit veranlaßte.

Das ältere Recht enthielt verschiedene Vermuthungen für die Erfüllung des Schuldverhältnisses. So wenn der Schuldschein zerstört

73) Vgl. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855. 3. Aufl. 1894).

74) S. darüber unten §§ 195 u. 306 ff. Ist aber der betreffende Beweis geführt, der in Rede stehende Sinn der Quittungsleistung dargethan, so wirkt sie als schuldtilgender Akt (Verfügung über die Forderung) auch dann, wenn gar keine Erfüllung vorlag. Hier genügt also der in Note 67 erwähnte Gegenbeweis der Nichterfüllung keineswegs. Die Verfügung ist anzufechten oder zu kondiziren. S. u. § 195 Ziff. II. Eine in Erwartung der Zahlung ausgestellte Quittung wird häufig diesen Sinn haben. S. Enneccerus § 217 i. f.

75) S. o. Bd. I § 87 Ziff. 3b. Ob die Behauptung des Gläubigers der Wahrheit entspricht, ob der Verlust verschuldet oder nicht verschuldet ist, steht gleich. Es handelt sich um ein Sicherungsmittel des Schuldners gegen etwaigen Mißbrauch der anderen Seite mit dem Schuldschein. Das Mittel ist so gewählt, weil eine Amortisation des Schuldscheins als eines bloßen Beweismittels nicht zulässig ist (im Gegensatz zu der bei Werthpapieren bestehenden Regel. S. o. § 63 i. f.). — Uebrigens kann der Schuldner auch auf der Rückgabe des Schuldscheins bestehen, soweit sie noch möglich ist, und darin keine Chikane liegt.

76) Oder des ihm gleichstehenden Beweisvertrags (s. o. Note 72).

77) Vollstreckung des Urtheils nach § 894 CPO. Diese Möglichkeit der zwangsweisen Herbeiführung einer dispositiven Anerkennung kann nicht befremden, da damit nur derselbe Effekt erreicht wird, wie wenn der Schuldner nach Bd. I § 133 die Nichtexistenz der Schuld feststellen läßt.

oder durchstrichen ist[78]) oder bei terminlichen Leistungen, wenn Quittungen über die drei letzten Zahlungsziele vorliegen, zu Gunsten ordnungsmäßiger Berichtigung der früheren[79]). Diese Vermuthungen sind als gesetzliche gefallen. Ihres formalen Zwanges entkleidet, haben sie den Charakter goldener Erfahrungssätze, die der freien Beweiswürdigung des Richters noch heute vielfach die Wege weisen.

B. Hülfsmittel.

§ 183.

1. Bei Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz des Schuldners*.

Eine besondere Betrachtung erfordert es, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit um deswillen nicht oder nicht ordnungsmäßig erfüllt, weil ihm dazu nach dem Stande seines Vermögens die Mittel fehlen. Dieses Unvermögen des Schuldners läßt zwar die Rechte des Gläubigers regelmäßig unberührt[1]); aber der vollkommene Rechtsschutz versagt in solchen Fällen[2]), und dem Gläubiger bleibt überlassen, sich aus demjenigen Vermögen des Schuldners zu befriedigen, das er vorfindet[3]). Hierbei begegnet er zumeist kollidirenden Rechten anderer Personen, die gleichfalls aus diesem Vermögen Befriedigung suchen. Grundsatz ist nun, daß keine der kollidirenden Forderungen der anderen vorgeht[4]). Vielmehr entscheidet im Allgemeinen Prävention der Geltendmachung des Rechts[5]). Das Mittel, diesem Wettlaufe ein Ziel zu setzen und geordnete Befriedigung aller Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen herbeizuführen, ist die Einleitung des Konkursverfahrens in das Vermögen des Schuldners[6]).

Im Konkurs erfolgt also die Befriedigung sämmtlicher Gläu-

---

78) Vgl. l. 2 § 1 Dig. de pact. 2, 14; l. 24 Dig. de prob. 22, 3; Preuß. A.LR. I Tit. 16 §§ 97 ff.; Code Nap. Art. 1282 ff.

79) L. 3 Cod. de apoch. 10, 22 bestimmte dies für Quittungen über öffentliche Abgaben. Die Praxis dehnte die Vorschrift aus. S. auch Preuß. A.LR. I Tit. 16 §§ 133 ff.

*) S. bes. Kohler, Lehrb. des Konkursrechts (1891); L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899); zum Theil auch Mandry-Geib, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze §§ 28, 43.

1) S. o. § 158.

2) S. o. Bd. I § 29 Ziff. 3.

3) S. übrigens auch noch den folgenden Paragraphen.

4) Andere Regeln gelten, soweit dingliche Rechte konkurriren oder mit Forderungsrechten zusammentreffen. S. o. Bd. I § 121 Ziff. 2 und das Sachenrecht.

5) Auch der zwangsweisen Durchsetzung resp. Durchsetzungsversuche.

6) S. §§ 1 ff. KO. in Verbindung mit §§ 811 ff., 850 ff., 860 ff. CPO. Selbstverständlich nur soweit das Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt.

biger des (Gemein=)Schuldners, soweit sie sich melden[7]), unter gerichtlicher Autorität. Und zwar in der Art, daß das vorhandene Vermögen des Schuldners unter diese Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen vertheilt wird und daß während der Dauer des Konkurses weder der Gemeinschuldner über sein Vermögen verfügen[8]) noch ein Gläubiger in anderer Weise als in diesem Verfahren Befriedigung verlangen kann[9]). Die Konkurseröffnung wirkt wie eine Vermögensbeschlagnahme zu Gunsten der Gläubigerschaft[10]). Die Vermögensverwaltung wird einem Konkursverwalter übertragen[11]).

1. Voraussetzung der Einleitung des Konkursverfahrens ist Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, nur in gewissen Fällen Ueberschuldung (insbesondere bei einem Nachlaß). §§ 102ff., 207, 215 KO.[12]). Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, seine fälligen Schulden so wie sie (laufend) eingefordert werden, oder deren Einforderung unmittelbar bevorsteht, rechtzeitig zu berichtigen[13]). Die Zahlungsunfähigkeit wird konstatirt durch Zahlungseinstellung: Nichtzahlung präsentirter Forderungen ꝛc., soweit sie sich aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit erklärt[14]). Im Falle der Zahlungs=

---

7) Ein bestimmter Zeitpunkt der Anmeldung ist nicht vorgeschrieben. Jeder Gläubiger hat das natürliche Interesse, seine Anmeldung alsbald zu bewirken. S. Note 9. Dagegen braucht sich z. B. nicht zu melden, wer sich durch Aufrechnung (s. u. §§ 191ff.) befriedigen kann. S. §§ 53ff. KO.

8) Etwaige dennoch getroffene Verfügungen sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. S. o. Bd. I § 80 zu Note 33.

9) Auch wer sich nicht gemeldet hat. Abgesehen davon hat die Nichtanmeldung keinen Rechtsnachtheil zur Folge. Der sich nicht Meldende behält seine Forderung, erhält aber nichts von der konkursmäßig zu vertheilenden Masse.

10) Vgl. Kohler, Konkursrecht § 22ff.

11) Als Vertreter der Interessen aller Betheiligten. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 29 u. Cit. Lippmann in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 112.

12) Im gemeinen Recht wurde überhaupt Insolvenz verlangt. Aber diese ist oft schwer zu konstatiren, und das Warten darauf beraubt das Verfahren seiner hauptsächlichsten praktischen Vortheile. — Die prozessualen Grundsätze des Konkursverfahrens sind hier nicht darzustellen. Es ist nur hervorzuheben, nach welchen Grundsätzen in diesem Verfahren das Vermögen des Schuldners vertheilt wird.

13) Dagegen besteht Ueberschuldung darin, daß die Schulden in ihrer Summe das Aktivvermögen des Schuldners übersteigen. Ein Ueberschuldeter ist oft nicht zahlungsunfähig, nämlich wenn er nur genügend Kredit besitzt, um die nöthigen Zahlungsmittel aufzutreiben. Hieraus erklärt sich, daß das Gesetz für Aktiengesellschaften auch die Ueberschuldung als Konkursgrund aufstellt. § 207 KO.

14) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 23, Bd. 25 S. 39. Häufig ist sie mit Schließung der Kasse oder des Handelsgeschäfts des Schuldners verbunden. Der Richter hat nach der Gesammtheit der Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 97.

einstellung ist Zahlungsunfähigkeit zu vermuthen. § 102 Abs. 2 KO. Die Konkurseröffnung geschieht durch gerichtlichen Beschluß.

2. Das Konkursverfahren hat damit zu rechnen, daß gegen den Gemeinschuldner auch noch andere Ansprüche als einfache Forderungen geltend gemacht werden. Das Konkursverfahren mit seinem Prinzip der verhältnißmäßigen Befriedigung sämmtlicher angemeldeten Gläubiger[15]) ist aber nur für Forderungen da. Die Ansprüche aus dinglichen Rechten rangiren nach anderen Grundsätzen[16]), und in Kollision mit dinglichen Rechten stehen die Forderungsrechte[17]) regelmäßig nach: als sog. einfache (Chirographar-)forderungen[18]).

Aus diesem Grund erfolgt die Befriedigung aller derjenigen Berechtigten, welche zur Zeit der Konkurseröffnung nicht blos eine persönliche Forderung wider den Gemeinschuldner haben, außerhalb des Konkursverfahrens. Hiernach sind keine Konkursgläubiger:

a) die Aussonderungsberechtigten, d. h. diejenigen Personen, welche vom Gemeinschuldner einen dem letzteren nicht gehörigen Gegenstand herausfordern, z. B. eine dem Gemeinschuldner geliehene Sache[19]). Die Fälle sind in §§ 43 ff. KO. enthalten[20]). Die Aussonderungsberechtigten verlangen Trennung (Aussonderung) der bezüglichen Objekte aus der Masse und Ausantwortung des Gegenstands (in ihre Hand). Sie verfolgen ihr Recht selbständig gegen den Konkursverwalter.

b) Keine Konkursgläubiger sind ferner die sog. Absonderungsberechtigten. §§ 47 ff. KO. Es sind dies im Allgemeinen solche Personen, welchen ein Pfandrecht oder pfandartige Befugnisse an einzelnen Gegenständen der Konkursmasse zustehen (§§ 47—49). Ferner Personen, welche als Gemeinschafter des

15) Durch Austheilung der sog. Konkursdividende, d. i. Prozente der Forderung des einzelnen Gläubigers.

16) S. o. Note 4. Vor allem nach dem Alter des dinglichen Rechts. Vgl. z. B. §§ 879 ff., 1208 BGB.

17) Soweit sie nicht mit dinglichen Rechten verbunden oder dinglich gesichert sind. S. das Sachenrecht.

18) So genannt, weil der Berechtigte im besten Fall zur Sicherung seines Rechts nur eine einfache Schrifturkunde über die Forderung in der Hand hat.

19) Gleichgültig ist die Art und die juristische Natur des Anspruchs. Z. B. mag die Sache mit dem Eigenthumsanspruch oder mit dem Anspruch aus dem Leihvertrage verfolgt werden. — Charakteristisch ist, daß der geforderte Gegenstand nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, sondern nur rein thatsächlich mit demselben verbunden ist. Dies ist beim Darlehen nicht der Fall.

20) Sie dulden keine Einschränkung und Ausdehnung durch Parteiverabredung. Die betreffenden Vorschriften bestehen im allgemeinen öffentlichen Interesse. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 2.

Kridars (§ 51) oder als Lehens-, Stamm- oder Fideikommißgläubiger[21]) (§ 52) aus einem Sondervermögen des Gemeinschuldners[22]) Befriedigung zu verlangen berechtigt sind[23]). Die in Rede stehenden Personen gehen mit Bezug auf die besonderen Gegenstände ihres Rechts den anderen Gläubigern vor und können daher „abgesonderte" Befriedigung aus den betreffenden Vermögensstücken verlangen. Letztere erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens[24]) nach den für das spezielle Recht bestehenden besonderen Regeln[25]). Diese geben auch die Rangordnung der Betheiligten für die Befriedigung an[26]). (Im Absonderungsrecht liegt daher von selbst ein Vorrang vor den Konkursgläubigern. Bleibt nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten von dem betreffenden Gegenstande resp. seinem Erlös noch etwas übrig, so fließt dies den Konkursgläubigern zu. Umgekehrt können die Absonderungsberechtigten, wenn sie auch eine persönliche Forderung wider den Gemeinschuldner haben[27]) und bei ihrem Absonderungsrecht einen Ausfall befürchten, auch die persönliche Forderung als Konkursgläubiger verfolgen[28]), und erhalten als solche von jenem Ausfall die Konkursdividende.)

c) Sodann gibt es noch sog. Massegläubiger. Diese sollen vorab aus dem Vermögen des Gemeinschuldners befriedigt werden (§ 57 ff. KO.). Sie werden zwar aus der Konkursmasse befriedigt, aber nicht im Konkursverfahren. Erst nach ihrer Befriedigung ergibt sich, was unter die Konkursgläubiger (nach den Regeln des Konkursverfahrens) zur Vertheilung kommt. Masseforderungen dieser Art sind (§§ 58—59 KO.) die Massekosten (Kosten des Verfahrens einschließ-

21) Nach Maßgabe des Landesrechts. S. Art. 59 EG.BGB.

22) S. o. Bd. I § 31 Ziff. 2 gegen Ende.

23) Im gleichen Verhältniß stehen nach §§ 1981 Abs. 2, 1984 ff. BGB. die Gläubiger eines Nachlasses zu den persönlichen Gläubigern des Erben, wenn sie durch Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses die Vereinigung des Nachlaßvermögens mit dem übrigen Vermögen des Erben verhindern. Schon die Römer bezeichneten dies als beneficium „separationis". Nur die Einkleidung ist heute eine andere. S. darüber im Erbrecht.

24) Gemeinrechtlich wurde dafür eine Art Partikularkonkurs eröffnet. — Damit hing die Eintheilung der im Konkurse zu befriedigenden Personen in 5 Klassen zusammen, die jetzt beseitigt ist. Es gab 1) absolut privilegirte Gläubiger, 2) privilegirte Pfandgläubiger, 3) einfache Pfandgläubiger, 4) privilegirte Gläubiger, 5) einfache Gläubiger. Ueber die privilegia exigendi s. noch unten zu Note 41.

25) Also insbesondere nach den Regeln des Mobiliar- oder Immobiliarpfandrechts und der Zwangsvollstreckung daraus, — der Gemeinschaftstheilung 2c.

26) S. z. B. besonders ausführlich § 10 d. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken v. 24. März 1897.

27) Z. B. eben die durch Pfandrecht gesicherte Forderung.

28) Das nähere Verhältniß der Geltendmachung des einen und anderen Anspruchs ist hier nicht darzustellen. S. dazu § 64 KO.

lich der Vermögensverwaltung) und **Masseschulden**: Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des **Konkursverwalters**[29]), sowie aus rechtlosen **Bereicherungen** der Masse; ferner Ansprüche aus **zweiseitigen noch nicht erfüllten Verträgen, soweit auch die Gegenleistung zur Konkursmasse zu erfolgen hat**[30]). Bezüglich solcher Geschäfte[31]) haben die Konkursgläubiger (resp. der Konkursverwalter) im Allgemeinen die Wahl, ob sie dieselben zur Konkursmasse ziehen wollen oder nicht[32]). Es kann also weder der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners unter Angebot der Gegenleistung unverkürzte Erfüllung aus der Masse erzwingen[33]), noch kann die Konkursverwaltung vom Kontrahenten des Gemeinschuldners volle Leistung verlangen und ihn bezüglich seiner Gegenansprüche auf die Konkursdividende verweisen[34]). Vielmehr können die Konkursgläubiger resp. der Verwalter[35]) nur Beschluß fassen, ob sie das Geschäft **als solches** (also mit den daraus entpringenden Rechten und Pflichten) zur **Aktivmasse ziehen wollen oder nicht**. Thun sie es, so können sie vom Gegenkontrahenten Erfüllung nur gegen volle Befriedigung seiner Ansprüche aus dem Geschäft verlangen (so entsteht die Masseschuld); thun sie es nicht, so kann der Gegner Schadensersatz wegen Nichterfüllung[36]) als Konkursgläubiger verlangen. Nach der Konkurseröffnung kann der Gegenkontrahent wider den Verwalter auf **unverzügliche Erklärung der Wahl** dringen[37]). Unterbleibt die Erklärung, so kann Erfüllung nicht mehr verlangt werden. Bei Fixgeschäften über Waaren mit Markt- oder Börsenpreis besteht überhaupt nur ein Anspruch wegen Nichterfüllung[38]).

---

29) Insbesondere sind Rechtsgeschäfte des Konkursverwalters mit Dritten gemeint. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 23, Bd. 28 S. 150.

30) § 59 Ziff. 2 KO. Diese Bestimmung verweist auf § 17 KO. zurück. Hier ist nur das Prinzip anzudeuten.

31) Hätte der **Gemeinschuldner ganz erfüllt**, so gehört seine Gegenforderung einfach zur Aktivmasse; hätte der **Gegner** des Gemeinschuldners erfüllt und dieser nicht, so ist er Konkursgläubiger für seine Gegenleistung. S. § 26 KO.

32) Bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften bestände ein Recht des Rücktritts vom Vertrage nur nach Maßgabe der §§ 326, 346 ff. BGB. (s. o. §§ 171, 174 ff.). Abgesehen davon müßte beiderseits erfüllt werden. Dies ist hier zu eng und zweifellos unzweckmäßig.

33) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 139.

34) Dies widerspräche den Grundsätzen von §§ 168, 169 oben. Es muß also eine Lösung gefunden werden, zufolge deren beiderseits ganz oder gar nicht erfüllt wird.

35) S. dazu noch § 133 Ziff. 2 KO.

36) Weil das Geschäft nicht zur Erfüllung kommt.

37) Erklärung des Verwalters nach Einholung der in § 133 KO. erwähnten Genehmigung des Gläubigerausschusses. Daher auch das „ohne Verzug" in § 17 Abs. 2 das. (entsprechend dem „unverzüglich" in § 121 BGB.).

Stellt sich heraus, daß die Aktivmasse nicht einmal zur Befriedigung sämmtlicher Massegläubiger ausreicht, so werden zuerst die Masseschulden, dann die Massekosten (nach näherer Anleitung des § 60 KO.) berichtigt.

3. Hiernach verbleiben dann die einfachen Konkursforderungen, deren Befriedigung im Konkursverfahren erfolgt, und zwar gemeinsam (soweit die Masse reicht) und unter gegenseitiger Beschränkung. Zur Ausgleichung von Zufälligkeiten sollen alle zur Zeit vorhandenen Gläubiger, die sich gemeldet haben, berücksichtigt werden — bei Forderungen von unbestimmtem Betrage und noch nicht fälligen oder bedingten Forderungen unter Abrechnung des Zwischenzinses resp. nach ihrem präsenten Geldwerth[39]). §§ 65—67, 69 u. 70 KO.

Jedoch

a) Gewisse Forderungen können im Konkursverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden. So namentlich nicht Geldstrafen[40]) und Forderungen aus Freigebigkeiten des Gemeinschuldners. § 63 KO.

b) Gewisse Forderungen sind privilegirt, d. h. werden aus den verfügbaren Mitteln zuerst befriedigt[41]). Die privilegirten Konkursforderungen sind (mit ihrer Rangordnung) in § 61 KO. aufgezählt. Die Bevorzugung beruht auf sozialen und fiskalischen Rücksichten.

4. Der Zweck des Konkurses ist nur Gleichstellung der Gläubiger[42]), nicht die unbedingte Befreiung des Schuldners. Tilgung der angemeldeten Forderungen[43]) tritt nur insoweit ein, als eine Befriedigung der Gläubiger erreicht wird. Hier erfolgt die Tilgung durch die Befriedigung (Erfüllung). Im Uebrigen behalten die Gläubiger ihre An-

38) S. § 18 KO. und oben § 172 zu Ende. — Bei Mieth- und Pachtverträgen gelten Spezialbestimmungen (insbesondere zu Gunsten der Auflösung ex nunc) s. §§ 19 ff.; bei Dienstverträgen § 22 KO.

39) S. o. § 156, sowie Bd. I §§ 99 Note 16, § 102 Note 11. Bedingte Forderungen berechtigen im Konkurse nur zu einer Sicherheit (der auf die Forderung entfallende Betrag ist nach § 169 KO. zu hinterlegen). Jedoch ist die Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswerth repräsentirt. § 154 KO. Forderungen unter auflösender Bedingung sind wie unbedingte geltend zu machen. S. dazu noch eventuell § 168 Ziff. 4 KO.

40) Auf Grund öffentlichen Rechts. Nicht gemeint sind Vertragsstrafen und eine im Strafverfahren zuerkannte Buße. S. o. §§ 152, 178.

41) Es sind Forderungsrechte, aber sie haben ein sog. privilegium exigendi. Auch im gemeinen Konkursprozeß gab es privilegirte Gläubiger in großer Anzahl. S. o. Note 24.

42) Trotz der obigen Ungleichheiten. Es wird eine materielle, keine blos formale Gleichheit erstrebt.

43) Daß die nicht angemeldeten Forderungen unberührt bleiben, ist schon erwähnt. S. o. Note 9.

sprüche. Sie können dieselben nach Beendigung des Konkursverfahrens und der damit verbundenen Aufhebung des Vermögensbeschlags[44]) wieder ungehindert gegen den Schuldner verfolgen, soweit ihm noch (resp. wieder) Mittel zu Gebote stehen[45]).

2. Anfechtung von Rechtshandlungen seitens der Gläubiger*.

§ 184.

a) Allgemeiner Umfang und Inhalt des Anfechtungsrechts.

Es liegt nahe, daß bedrängte Schuldner in Erwartung der Zwangsvollstreckung oder der Einleitung des Konkursverfahrens[1]) bestrebt sind, ihr Vermögen dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen, sei es durch Veräußerung von Vermögensgegenständen an Dritte oder durch sonstige Verfügungen. Sind diese Rechtshandlungen nicht ernsthaft gemeint, so sind sie nach allgemeinen Grundsätzen nichtig[2]). Aber sehr häufig ist die Uebertragung wirklich gewollt, sei es als fiduziarische[3]), oder weil sie in anderer Art dem Schuldner Vortheil bringt[4]). Ebenso kommt es vor, daß Schuldner durch Vergrößerung der Passivmasse oder durch vorzugsweise Befriedigung einzelner Gläubiger, insbesondere in einer Art wie letztere die Befriedigung nicht zu erwarten hatten[5]), ihre anderen Gläubiger benachtheiligen. Hier versagt das Schutzmittel gegen Simulation. Die betreffenden Akte sind als solche keineswegs nichtig[6]). Es bedarf daher eines besonderen Schutzes

---

44) S. o. Note 10.

45) Anders, wenn ein sog. Zwangsvergleich stattgefunden hat. Darüber s. u. § 195 Ziff. III.

*) S. die Litteratur Bd. I § 80 Note 44 u. oben § 183. Dazu neuestens Wendt im civilist. Archiv Bd. 91 S. 442 (dessen Ausführung mich nicht überzeugen kann). Vgl. auch Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 28; ferner Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 50.

1) Das ja auch nur ein Generalexekutionsverfahren darstellt. S. o. § 183.

2) Nach den Grundsätzen der Simulation. S. o. Bd. I § 93 Ziff. 2. Die Schwierigkeiten betreffen hier nur unter Umständen den Beweis. — Der simulirte Rechtsakt unterfällt also niemals den Anfechtungsgesetzen.

3) Vgl. Bd. I § 76 Ziff. I.

4) Z. B. indirekte bei Uebertragungen an die Ehefrau oder nahe Verwandte u. s. w. Dann ist die Verfügung ernstlich, also keineswegs als bloßes Scheingeschäft nichtig.

5) Z. B. vorzeitig oder durch Gewährung von Sicherheiten, auf die sie nach ihrer ursprünglichen Rechtsstellung keinen Anspruch hatten 2c. Vgl. § 30 KO.

6) Ja häufig erzwingt der begünstigte Gläubiger geradezu den Rechtsakt. Z. B. er pfändet und vollstreckt unmittelbar vor Ausbruch des

der Gläubiger gegen derartige wider Treu und Glauben verstoßende, den Kredit gefährdende Manipulationen[7]).

Diesen Schutz gewähren die Anfechtungsgesetze. RG. v. 21. Juli 1879 resp. §§ 29 ff. KO. Der benachtheiligte Gläubiger hat das Recht, die ihn in seinem Zugriff auf das Schuldnervermögen verkürzende Rechtshandlung anzufechten[8]) und auf Grund dessen in den Gegenstand die Zwangsvollstreckung zu betreiben, wie wenn der Gegenstand nie aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden wäre[9]). Dasselbe Anfechtungsrecht hat im Konkurse über das Vermögen des Gemeinschuldners der Konkursverwalter, und zwar im Interesse der Gesammtgläubigerschaft. Hier werden durch die Anfechtung die entfremdeten Gegenstände zur Konkursmasse gezogen und bilden ein Objekt der Vertheilung. Die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen[10]) sind schon von selbst den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7 KO.); es bedarf also, um sie zur Masse zu ziehen, gar nicht erst einer Anfechtung.

1. Das Anfechtungsrecht gegen Verkürzung der Gläubiger geht in seiner Entwickelung Hand in Hand mit dem immer raffinirteren Geschäftsgebahren der Schuldner. Der Ausgangspunkt liegt im römischen Recht; doch reichten dessen Bestimmungen für unsere Bedürfnisse nicht aus. Wir verlangen einen durchgreifenderen Schutz der Gläubiger und einen weiteren. Die Gläubigeranfechtung ist zu einer Spezialmaterie geworden[11]), von der wir hier nur die Hauptgrundsätze herausheben können.

a) Das römische Recht gewährte gegen Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner in der Absicht und mit dem Erfolge, seine

---

Konkurses. Hier ist es, wie so oft, am Platze, der freiwilligen Rechtshandlung des Schuldners, die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erzwungene gleichzustellen. S. dazu insbesondere noch unten Ziff. 3.

7) Insbesondere der Gleichstellung der Gläubiger. Vgl. z. B. § 183 bes. Ziff. 4.

8) Resp. soweit sie ihn benachtheiligt!

9) S. dazu noch unten Ziff. 2.

10) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo sich die paulianische Anfechtung auch auf die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Schuldners bezog (weil der Konkurs, abgesehen vom Zahlungsverbot, keine Verfügungsbeschränkungen des Gemeinschuldners herbeiführte). S. dagegen heute oben § 183 Note 8.

11) Der Schwerpunkt derselben liegt im Konkurse, ebenso wie der Ausgangspunkt der geschichtlichen Entwickelung dieser Lehre. Denn beim Konkurs kamen die mißbilligten Machinationen erklärlicherweise am allermeisten vor. Die Ausbildung der (individuellen) Anfechtung außerhalb des Konkurses ist eine (noch im gemeinen Recht bestrittene) Erweiterung. Ihre Entwickelung liegt hauptsächlich im preuß. Recht (Verordn. v. 26. April 1835 u. Ges. v. 9. Mai 1855).

Gläubiger zu benachtheiligen, Vermögensstücke veräußert hatte, eine Klage[12]). Diese stand den benachtheiligten Gläubigern bezw. dem Konkurskurator zu und ging gegen den Erwerber der entfremdeten Gegenstände; jedoch regelmäßig nur dann, wenn dieser die Absicht der Gläubigerbenachtheiligung gekannt hatte, also eine regelrechte Kollusion vorlag[13]). In diesem Falle ging die Klage auf vollständige Herausgabe des Empfangenen nebst Zinsen und Früchten; — fehlte die Kenntniß der Verkürzungsabsicht auf Seiten des Erwerbers[14]) oder wurde die Klage erst nach Jahresfrist[15]) seit dem Erwerb erhoben, so ging sie nur auf die vorhandene Bereicherung[16]). Ein dritter Erwerber der entfremdeten Gegenstände haftete nur dann, wenn auch bei ihm Kenntniß der fraudatorischen Natur des Aktes vorlag[17]).

Diese wesentlich deliktische Grundlage des Anfechtungsrechts wurde auch im gemeinen und den älteren Partikularrechten[18]) nicht aufgegeben. Auch die Struktur des Rechts ist hier die eines Anspruchs[19]) auf Rückgängigmachung der Geschäftswirkung, soweit sie die Gläubiger benachtheiligt. Die Anfechtung ist obligatorisch.

b) Das deliktische Anfechtungsrecht erwies sich jedoch in der Folge als unzureichend. Der Schutz der Gläubiger wurde schon seit dem 14. Jahrhundert im italienischen Statutarrecht, dann im französischen

12) Die actio Pauliana. Ob es eine oder mehrere später verschmolzene Klagen waren, kann hier dahingestellt bleiben.

13) Eine fraus. Die Klage geht unter der Rubrik: quae in fraudem creditorum facta (rel alienata) sunt. Tit. Dig. 42, 8; Cod. 7, 75. Man spricht von einer fraudatorischen Klage. Damit ist der Standpunkt des röm. Rechts gekennzeichnet. Es handelt sich um ein subjektives Unrecht bei der Veräußerung: um ein Delikt. Wir reden in diesem Sinne von deliktischer Anfechtung.

14) So insbesondere, wenn er den Gegenstand geschenkt erhielt. Dies war schon eine Erweiterung der Klage.

15) Durch den Zeitablauf tritt eine Art Sanirung des Zustands ein, wie auch sonst wohl gelegentlich im Rechtssystem nach Ablauf von Jahr und Tag. Doch wurde die Frist utiliter berechnet. Vgl. l. 6 §§ 10—14, l. 10 §§ 18, 24, l. 25 pr. Dig. h. t.

16) Ebensoweit nach röm. Recht nur gegen die Erben des Empfängers (l. 10 § 25, l. 11 Dig. h. t.), während diese nach gemeinem Recht bis zum Belauf der Erbschaft haften.

17) Vgl. l. 9 Dig. h. t.

18) Vgl. Code Nap. Art. 1167 und die dürftigen Bestimmungen des Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 640ff., 1129, 1133 (vgl. AGO. I, 50 §§ 42, 44, 53—55). Heutzutage beruhen auf diesem Gesichtspunkt noch die Vorschriften § 31 KO. und außerhalb des Konkurses § 3 Ziff. 1 u. 2 RG. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen rc. v. 21. Juli 1879.

19) Modern gesprochen. Die alten Vorschriften gebrauchen meist andere Ausdrücke. Der Gedanke der actio (Pauliana) wird fortgesetzt.

20) S. darüber die Motive der KO. S. 96, Cosack, Anfechtungsrecht S. 4 und besonders Kohler, Konkursrecht §§ 37ff.

Handelsrecht erweitert[20]). Der Konkurs bezweckt eine wesentliche Gleichstellung der Gläubiger. Diese soll nicht gestört werden durch unmittelbare Begünstigung einzelner Gläubiger und sonstige willkürliche Verschiebungen[21]). Niederschlag dieses Rechtsgedankens ist die Bestimmung des französischen Handelsgesetzbuchs (Art. 442 ff.), wonach[22]) Geschäfte bestimmter Art, insbesondere Begünstigungen einzelner Gläubiger, welche bis 10 Tage vor der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners liegen, für nichtig erklärt werden, — nach dem Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 wenigstens bei Kenntniß des Mitkontrahenten von der Krisis. Dies geht in die preußische Konkursordnung[23]) und auf diesem Wege in die Reichskonkursordnung über[24]). Der Zahlungseinstellung wird der gestellte Antrag auf Konkurseröffnung gleichgeachtet. Wir gelangen somit neben der deliktischen zu einer besonderen konkursmäßigen Anfechtung[25]). Hier wird kein fraudatorischer Akt[26]), sondern das objektive Unrecht überhaupt getroffen, welches darin liegt, daß einzelne Gläubiger noch voll befriedigt werden, wenn schon die Vorzeichen des Konkurses vorhanden sind.

c) Schließlich hat die moderne Gesetzgebung auch für Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen überhaupt die objektive Verkürzung für genügend erklärt[27]), wenn die Verfügung innerhalb bestimmter Frist vor der Konkurseröffnung oder der individuellen Anfechtung des einzelnen Gläubigers vorgenommen worden ist. Es wird zur Anfechtung in diesem Falle weder fraudatorische Absicht des Schuldners noch Kenntniß einer solchen Absicht auf Seiten des Begünstigten verlangt. So reiht sich als dritte Art der Anfechtung die sog. Schenkungsanfechtung an[28]).

---

21) Während die actio Pauliana nur vorzeitige Leistung traf. Vgl. l. 10 § 12 l. 17 § 2 Dig. h. t.

22) Neben der Einführung der Nichtigkeit aller Rechtsakte des Gemeinschuldners nach seiner Zahlungseinstellung. S. schon oben § 183 Note 8. Heute in Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern verwandelt. § 7 KO. Nur soweit die Unwirksamkeit wegen der Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht durchzuführen war, verbleibt es nach § 42 KO. bei der Anfechtbarkeit.

23) Unter Verwandlung der Nichtigkeit in bloße Anfechtbarkeit nach Art des paulianischen Rechtsmittels (s. o.).

24) Vgl § 30 KO.

25) Diese wird in die Schablone der actio Pauliana eingezwängt. Die Motive der Konkursordnung reden irrig geradezu von einer Doluspräsumtion. Dagegen mit Recht Cosack a. a. O. S. 15. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 420.

26) Absicht, die anderen Gläubiger zu benachtheiligen.

27) Wie oben bei Note 26.

28) Vgl. für den Fall des Konkurses § 32 KO.; im Uebrigen § 3 Ziff. 3

2. Schließlich war das Anfechtungsrecht wegen Verkürzung der Gläubiger in seinen verschiedenen Formen auch durchgreifender zu gestalten: d. h. aus einem blos obligatorischen Anspruch zu einem wahren (dinglich wirkenden) Anfechtungsrecht. Dies ist durch die Reorganisation der cit. Gesetze im Anschluß an das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschehen[29]). Danach wird das Recht geltend gemacht durch Anfechtungserklärung des benachtheiligten Gläubigers[30]) resp. des Konkursverwalters[31]) gegenüber dem Begünstigten[32]) als Anfechtungsgegner[33]). Durch die Anfechtung wird der betreffende Rechtsakt dem anfechtenden Gläubiger resp. (im Konkursfall) den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, soweit sie dadurch in ihrer materiellen Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners beschränkt werden; — genau so wie die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen entsprechenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners von selbst den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind[34]).

a) Aus der vollzogenen Anfechtung ergeben sich (je nach der Sachlage) Ansprüche auf Herausgabe des entfremdeten Gegenstandes, auf Duldung der Zwangsvollstreckung in denselben seitens des anfechtenden Gläubigers u. dgl. Diese Ansprüche beruhen auf der durch Anfechtung herbeigeführten Unwirksamkeit des Grundgeschäfts. Sie haben also niemals deliktischen Charakter, auch wenn die Anfechtung im gegebenen Fall deliktische Grundlage hat[35]). Sie können ding-

---

u. 4 RG. v. 21. Juli 1879. — Auch diese Art der Anfechtung wurde zunächst noch in das Prokrustesbett der actio Pauliana gezwängt. Ueber die heutige Umgestaltung aller drei Anfechtungsrechte s. Ziff. 2.

29) Neufassung der Konkursordnung und des RG. v. 21. Juli 1879 durch RG. v. 17. Mai 1898 und Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 20. Mai 1898.

30) Bei der individuellen Anfechtung.

31) Im Konkurse über das Vermögen des Gemeinschuldners.

32) D. i. derjenige, welcher durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners etwas erlangt hat. S. übrigens noch unten lit. b.

33) S. o. Bd. I § 80 Note 25 ff.

34) Ueber die Bedeutung dieser sog. relativen Unwirksamkeit s. o. Bd. I § 80 zu Note 31. Rechtfertigung der konstruktiven Umgestaltung s. daselbst Ziff. III (bei Note 44 ff.). Die Folge ist z. B.: wenn der anfechtende Gläubiger sich aus dem entfremdeten Gegenstande befriedigt hat oder der Konkurs zu Ende ist, kann der (Gemein-)schuldner seinem Vertragsgegner das, was von dem betreffenden Gegenstand noch übrig ist, nicht streitig machen. Ueberhaupt bleibt der Vertrag in deren Verhältniß zu einander wirksam und kann die entsprechenden Rechtsfolgen (auf Gewährleistung, Schadensersatz 2c.) nach sich ziehen.

35) Dies ist für den Gerichtsstand der Ansprüche aus der vollzogenen Anfechtung wichtig. § 32 CPO. ist nicht anwendbar. Für uns ergibt sich aus dem Gesagten die systematische Stellung der Lehre. Diese wird bedingt durch das Ziff. 1 erwähnte dreifache Anfechtungsrecht als Hülfsmittel der Zwangsbeitreibung einer Forderung. Die aus der Anfechtung

liche oder persönliche Natur haben[36]), auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung durch Wiedereintragung des Schuldners als Eigenthümer, auf Löschung eingetragener dinglicher Lasten, auf Rückgabe beweglicher Sachen oder der veräußerten Werthpapiere oder des (in Folge des weggefallenen Grundgeschäfts) nunmehr ohne Rechtsgrund beim Erwerber Befindlichen gehen[37]). Der gutgläubige Erwerber einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe stets nur bis zum Belauf der noch vorhandenen Bereicherung zurückzugeben. § 7 RG. v. 21. Juli 1879, § 37 KO. Im Konkursfall hat die Rückgewähr stets zur Konkursmasse zu erfolgen, um die Verwerthung des entfremdeten Gegenstandes für die Gesammtgläubigerschaft zu ermöglichen; außerhalb des Konkurses beschränken sich die aus der Anfechtung resultirenden Ansprüche auf die Ermöglichung der Befriedigung des einzelnen anfechtenden Gläubigers[38]). Geräth nach der individuellen Anfechtung (durch einen einzelnen Gläubiger) der Schuldner in Konkurs, so steht die Verfolgung der erhobenen Ansprüche nunmehr ausschließlich dem Konkursverwalter zu[39]).

Eine etwaige Gegenleistung des Erwerbers der entfremdeten Gegenstände ist dem letzteren von Seiten des anfechtenden Einzelgläubigers niemals zu erstatten. Der Erwerber kann sich dieserhalb nur an den Schuldner halten. Bei der Anfechtung im Konkurse erfolgt die Erstattung aus der Konkursmasse, — aber nur soweit sich die Gegenleistung noch in derselben befindet oder die Masse dadurch bereichert ist. Darüber hinaus kann der Erwerber seinen Anspruch auf die Gegenleistung nur als Konkursgläubiger geltend machen[40]). § 8 RG. v. 21. Juli 1879 u. § 38 KO.

b) Aus allgemeinen Grundsätzen würde folgen, daß die dem ersten

---

resultirenden Ansprüche sind heutzutage nur etwas Sekundäres, für die Stellung der Lehre nicht Ausschlaggebendes.

36) Uebrigens kann die Anfechtung mit klageweiser Geltendmachung der hier besprochenen aus der Anfechtung resultirenden Ansprüche verbunden werden. Davon handelt § 9 RG. v. 21. Juli 1879. Die Anfechtung kann auch im Wege der Einwendung in einem anderen Prozesse wider den Anfechtungsgegner erfolgen. Davon handelt § 5 des Gesetzes (der untechnisch das Wort „Einrede" gebraucht). Vgl. Bd. I § 126 Note 4.

37) Andere Möglichkeiten s. o. Bd. I § 80 Note 53.

38) S. o. Bd. I § 80 Note 56. — Wegen Schadensersatz, Haftung für Nutzungen, Ersatz von Verwendungen gelten die Grundsätze §§ 818 ff. BGB. (s. u. § 323), nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 292, 987—990 BGB., ebenso eventuell nach Inverzugsetzung die Verzugsregeln (s. o. §§ 160, 162). Hellwig S. 482 ff.

39) Nach näherer Anleitung des § 13 RG. v. 21 Juli 1879.

40) D. h. er wird dafür auf die Konkursdividende beschränkt. S. o. § 183. Die Forderung des Empfängers einer angefochtenen Leistung tritt mit Rückgewähr des Empfangenen von selbst wieder in Kraft. § 39 KO.

Erwerber der entfremdeten Gegenstände erklärte Anfechtung auch gegen dessen Sonderrechtsnachfolger wirkt: daß diese so angesehen werden müßten, als hätten sie von einem Nichtberechtigten erworben. Die Rechte der Sondernachfolger fielen dann also mit der Anfechtung gegen den ersten Erwerber zusammen, es sei denn, daß die Rechtsnachfolger auf Grund ihres guten Glaubens im gegebenen Falle auch von einem Nichtberechtigten gültig erwerben konnten[41]). Indeß haben die Anfechtungsgesetze (§ 11 RG. v. 21. Juli 1879 resp. § 40 KO.) die Anfechtung gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern[42]) selbständig geordnet. Danach hat die Anfechtung dem Sondernachfolger gegenüber zu erfolgen. Sie ist aber nur zulässig

α. wenn der Sondernachfolger zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen Kenntniß hatte, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründeten. Im Gegensatz zur Regel[43]) wird also hier jede Art des gutgläubigen Rechtserwerbs geschützt (z. B. auch die erfolgte Abtretung einer Forderung); und als böser Glaube im Sinne dieser Vorschriften gilt nur das Kennen, nicht auch die grobfahrlässige Unkenntniß der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs des Vorgängers. S. die cit. §§ Abs. 2 Ziff. 1 u. 2.

β. Im Uebrigen haftet der Sondernachfolger, wenn er von seinem Rechtsvorgänger unentgeltlich erwarb, auf die vorhandene Bereicherung. S. eod. Abs. 2 Ziff. 3[44]).

3. Es ist schon hervorgehoben[45]), daß die anfechtbare Rechtshandlung nicht unter allen Umständen eine solche des Schuldners resp. ein freiwilliger Rechtsakt desselben zu sein braucht. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die Handlung ein vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers bestand, oder daß sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung wider den Schuldner durchgesetzt wurde. § 6 AnfG., § 35 KO. Insbesondere bei der konkursmäßigen Anfechtung[46]), wo sich ein Gläubiger durch die anfechtbare Rechtshandlung Sicherung oder Befriedigung vor anderen Konkursgläubigern verschafft hat, ist eine Mitwirkung des Schuldners zu der Handlung überhaupt nicht zu verlangen. § 29 KO.

41) S. o. Bd. I § 80 Note 34. Hellwig S. 487 ff.

42) Die Bestimmung wegen der allgemeinen Rechtsnachfolger (Abs. 1 beider Paragraphen) versteht sich von selbst.

43) S. o. Bd. I § 71 Note 13, sowie § 109 zu Note 36.

44) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Zurückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. S. § 822 BGB. u. unten §§ 317 ff.

45) S. o. Note 6.

46) S. o. Ziff. 1b und § 30 KO.

bringt dies (im Gegensatz zu § 1 AnfG.) dadurch zum Ausdruck, daß er überhaupt nur von Rechtshandlungen, nicht speziell von solchen „des Schuldners" redet[47]).

4. **Rechtshandlungen**[48]) sind selbstverständlich nicht blos Rechtsgeschäfte. Sondern jeder auf dem Willen beruhende Akt: jedes Thun oder Unterlassen, das eine **juristische Thatsache** (Bd. I § 71) darstellt also die Entstehung, Aenderung oder Endigung von Rechten und Rechtsverhältnissen bezweckt und (im vorliegenden Zusammenhang) **geeignet** ist[49]), unmittelbar oder in seiner Folge den anfechtenden Gläubiger oder die Gläubigerschaft zu benachtheiligen. Der gesetzliche Ausdruck ist absichtlich so weit gewählt; im Gegensatz zum älteren Recht[50]), das wesentlich nur Veräußerungen traf. Anfechtbar ist z. B. auch die Zurückweisung eines Rechtserwerbs[51]), das Unterlassen der Protestirung eines Wechsels[52]) u. dgl., sofern nur die anderen Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen.

5. Da das Anfechtungsrecht kein Anspruch ist, so kann es nicht verjähren. Dafür ist es an eine **gesetzliche Frist** geknüpft.

Die **individuelle Anfechtung** ist nach Verlauf von 30 Jahren seit Vornahme der Rechtshandlung ausgeschlossen, die spezifisch deliktische[53]) schon nach 10 Jahren (unter Umständen mit Hemmung[54]) nach Verjährungsgrundsätzen). § 12 AnfG. — Im **Konkurs** kann jede Anfechtung nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen (übrigens mit gleicher eventueller Hemmung[55]) der Frist). Die spezifisch deliktische Anfechtung[56]) ist mit Ablauf von 30 Jahren seit

---

47) Dagegen sind die Rechtshandlungen des **Vertreters** oder **Erblassers** des Schuldners natürlich als Rechtshandlungen des Schuldners selbst anzusehen.

48) Vgl. o. Bd. I § 72; Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 377. **Cosack** a. a. O. S. 46.

49) In diesem Sinne muß **Kausalzusammenhang** zwischen der Rechtshandlung und der Benachtheiligung bestehen. Dieser ist z. B. nicht vorhanden, wenn für die Veräußerung ein gleichwerthiges Entgelt erlangt wurde (Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 99, Bd. 29 S. 79, Bd. 33 S. 123 u. Cit.), wenn durch Pfandrechte völlig überlastete Gegenstände weggegeben wurden u. dgl.

50) Der actio Pauliana. Auch hierin liegt die **moderne Erweiterung** des Rechtsmittels.

51) Gegen l. 6 pr. — § 5 Dig. h. t. 42, 8. **Cosack** S. 66.

52) **Cosack** S. 48.

53) Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Schuldner in **der dem anderen Theile bekannten Absicht**, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat. S. § 3 Ziff. 1 Anf.Ges. u. oben Ziff. 1a.

54) Die §§ 203 Abs. 2, 206 u. 207 BGB. sind anwendbar.

55) S. die vor. Note. Nur § 206 BGB. ist hier, weil nicht passend, fortgelassen.

56) S. o. Note 53. Vgl. § 41 Abs. 1 Satz 3 KO.

Vornahme der Handlung überhaupt ausgeschlossen[57]). § 41 Abs. 1 KO. Uebrigens ist auch nach Verlust des Anfechtungsrechts der Konkursverwalter immer noch berechtigt, eine durch die anfechtbare Rechtshandlung begründete Leistungspflicht des Gemeinschuldners durch Einrede abzuwehren[58]). Abs. 2.

§ 185.

b) Die einzelnen Anfechtungsgründe.

Die Anfechtung setzt voraus, daß die Benachtheiligung der Gläubiger auf einem besonders mißbilligten Geschäftsgebahren des Schuldners oder einzelner Gläubigerkonkurrenten beruht. Wir faßten die unzulässigen Arten von Rechtshandlungen in diesem Sinne in die drei großen allgemeinen Rubriken zusammen: deliktische (fraudatorische), — in Kenntniß der Konkursvorzeichen vorgenommene Rechtshandlungen — und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners vor der Krisis[1]).

Es bleibt nunmehr das positive Detail der einzelnen Anfechtungsgründe zu entwickeln.

1. Die deliktische Anfechtung findet statt gegen Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat. § 3 Ziff. 1 AnfG.; § 31 Ziff. 1 KO. Hier liegt wahre Kollusion (zweiseitige fraus) der beiden Geschäftsbetheiligten vor, und diese ist vom Anfechtenden zu beweisen[2]). Es genügt aber Kenntniß des Effekts der Handlung, als einer die Gläubiger benachtheiligenden[3]); nicht ist erforderlich die Absicht dieser Benachtheiligung[4]). Ob die Kennt-

57) Entsprechend dem Grundsatz des § 124 BGB.

58) Entsprechend dem Grundsatz „Anspruch vergeht, Einrede besteht" (vgl. Bd. I § 114 bei Note 9), bleibt hier nach Verlust des Anfechtungsrechts im Interesse der Gesammtgläubigerschaft eine Einrede wider den durch die anfechtbare Rechtshandlung erzeugten Anspruch übrig.

1) S. o. § 184 Ziff. 1.

2) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 177.

3) Resp. daß sie geeignet war, nach Lage der Sache die Gläubiger zu benachtheiligen. S. o. § 184 Note 49. Also ist anfechtbar z. B. unter Umständen selbst die Zahlung einer fälligen Schuld, wenn der Beweis einer Begünstigung erbracht werden kann. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 61, Bd. 23 S. 9, Bd. 38 S. 103. Der Empfänger muß aber wissen, daß die Zahlung an ihn vorzugsweise geschieht und die Befriedigung anderer Gläubiger beeinträchtigt.

4) Bosheit, Chikane ist nicht zu verlangen. Es genügt die Kenntniß oder Erkenntniß, daß die wirklich beabsichtigten Zwecke sich nicht ohne Benachtheiligung der Gläubiger erreichen lassen. Cosack a. a. O. S. 77.

niß aus den erwiesenen Thatsachen hervorgeht, ist letztlich Sache der freien richterlichen Beurtheilung[5]).

Immerhin ist der Beweis der Benachtheiligungsabsicht für den anfechtenden Dritten in vielen Fällen nicht leicht zu führen. Das Gesetz erleichtert daher den Beweis bei entgeltlichen[6]) Verträgen des Schuldners mit seinem Ehegatten[7]) oder mit gewissen nahen Verwandten[8]), sofern der Vertrag im letzten Jahre vor der Anfechtung oder der Konkurseröffnung geschlossen ist und den Benachtheiligungseffekt hat. Sind diese Voraussetzungen vorhanden[9]), so wird die beiderseitige Kollusionsabsicht ohne Weiteres angenommen, ist also vom Anfechtenden nicht noch zu beweisen. Vielmehr ist es Sache des Anfechtungsgegners, darzuthun, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war. § 3 Ziff. 2 AnfG.; § 31 Ziff. 2 KO.

2. Die konkursmäßige Anfechtung bezweckt Gleichstellung der Gläubigerschaft. Anfechtbar sind daher

a) die nach der Zahlungseinstellung[10]) oder dem Antrage auf Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden[11]), wenn dem anderen Theil zur Zeit des Geschäftsabschlusses jene Konkursvorzeichen (Zahlungseinstellung, Konkursantrag) bekannt waren.

Ebenso Befriedigungen[12]) oder Sicherstellungen[13]) einzelner

5) Es wird also im Allgemeinen genügen, daß die Kenntniß unter den obwaltenden Umständen schlechterdings nicht zu umgehen war. D. h. grobfahrlässiges Nichtkennen steht praktisch der Kenntniß gleich.

6) Wegen unentgeltlicher Verfügungen s. u. Ziff. 3. Ueber Entgeltlichkeit in diesem Zusammenhang s. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 134, Bd. 29 S. 300.

7) Vor oder während der Ehe.

8) Seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie; seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen. § 3 Ziff. 2 AnfGes.; § 31 Ziff. 2 KO.

9) Resp. vom Anfechtenden erwiesen.

10) Ueber die Zahlungseinstellung s. o. § 183 bei Note 14.

11) S. o. § 184 Note 49. Es kommt darauf an, ob der Abschluß des Geschäfts den Benachtheiligungseffekt hat. Dieser Effekt wird schon dann als vorhanden angenommen, wenn der Gemeinschuldner Objekte, die bei gewöhnlichem ordnungsmäßigen Gebahren im Vermögen geblieben und dadurch in die Konkursmasse gefallen wären, versilbert und das Geld anderweitig verwendet hat. Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 122 (anders Bd. 13 S. 42).

12) Auch Zahlung fälliger Forderungen. (Bei nichtfälligen s. u. lit. b.) Ebenso Erfüllungssurrogate wie Leistung an Erfüllungsstatt (unten § 187) u. dgl.

13) Nicht blos die oben Bd. I § 134 genannten, sondern jede Art Gewährung von Schutz gegen die Gefahr der Nichtbefriedigung, welche geeignet ist, die Konkursgläubiger zu benachtheiligen (daher nicht Bürgschaft, wohl aber Pfandbestellung, Ertheilung einer vollstreckbaren Urkunde für die Forderung 2c.).

Gläubiger nach erfolgter Zahlungseinstellung oder gestelltem Antrag auf Konkurseröffnung, falls der Anfechtungsgegner zu den Konkursgläubigern gehört und ihm zur Zeit des Akts jene Konkursvorzeichen bekannt waren. § 30 Ziff. 1 KO.

Die Kenntniß hat in beiden Fällen der Anfechtende zu beweisen [14]). Daß im letzteren Falle eine Mitwirkung des Schuldners zu dem Rechtsakt nicht erforderlich ist, ward schon erwähnt [15]).

b) Anfechtbar sind endlich die nach der Zahlungseinstellung, dem Eröffnungsantrag oder in den letzten 10 Tagen vorher [16]) erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Befriedigung oder Sicherung [17]) gewähren, die er überhaupt nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit [18]) zu beanspruchen hatte. Der Anfechtende hat diesen Rechtsmangel des Begünstigten, ebenso das Fallen des Rechtsakts in die kritische Zeit zu beweisen. Dem Begünstigten wird der Gegenbeweis verstattet, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Konkursvorzeichen (Zahlungseinstellung, Eröffnungsantrag), noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den anderen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war [19]). § 30 Ziff. 2 KO.

Auch hier braucht es sich nicht um unter Mitwirkung des Schuldners vorgenommene Rechtsakte zu handeln. —

Rechtshandlungen, welche früher als 6 Monate vor der wirklichen Konkurseröffnung liegen [20]), können jedoch wegen Kenntniß der Zahlungseinstellung überhaupt nicht mehr angefochten werden. § 33 KO.

3. Schließlich werden von der — konkurs- und außerkonkursmäßigen — Anfechtung unentgeltliche Verfügungen getroffen [21]), welche der Schuldner während des letzten Jahres vor der An-

14) S. dazu noch Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 115.

15) S. o. § 184 Ziff. 3. Z. B. Pfändungen, Beschlagnahmen werden getroffen, sofern sie dem Gläubiger eine vorher nicht vorhandene Sicherheit verschaffen.

16) Der Tag der Krisis selbst ist nicht mit einzurechnen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 5. — Quelle der Bestimmung ist Art. 446 des franz. FallimentsG. und § 101 der preuß. KO., die aber den unten erwähnten Gegenbeweis nicht eröffneten.

17) S. über diese Begriffe oben Note 12—13.

18) Also hierher gehören auch die vorzeitigen Zahlungen. — Auf die Sicherung muß ein civilistisches Recht bestanden haben. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 33, Bd. 32 S. 67. Ist eine Pfändung anfechtbar, so ist es selbstverständlich auch die auf Grund derselben erlangte Befriedigung.

19) Dieser negative Beweis wird praktisch sehr schwer zu führen sein.

20) Fristberechnung nach § 188 BGB.

21) Z. B. Schenkungen, unentgeltliche Verzichte und Schuldnachlässe, Zahlung fremder Schulden, Erbschaftsentsagungen 2c.

fechtung resp. Konkurseröffnung vorgenommen hat. Bei Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten erhöht sich die Frist auf zwei Jahre. Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke an dritte Personen werden nicht getroffen. § 3 Ziff. 3 u. 4 AnfG.; § 32 KO.

Bei dieser Anfechtung sind nur die betreffenden Thatsachen darzuthun. Kenntniß eines Benachtheiligungseffeks seitens des Empfängers ist nicht erforderlich. Die Anfechtung beruht auf dem Gedanken, daß der lukrative Empfang in solchen Kollisionsfällen zurückzustehen hat. Dafür haftet der gutgläubige Empfänger auch nur auf die vorhandene Bereicherung[22]). § 7 Abs. 2 AnfG.; § 37 Abs. 2 KO.

C. Rechtswohlthaten für bedrängte Schuldner.

§ 186.

Wie das Gesetz die Gläubiger eines bedrängten Schuldners im Rahmen von Treu und Glauben vor Verkürzungen zu bewahren sucht[1]), so schützt es umgekehrt den Schuldner gegen übermäßige Zwangsbeitreibung. Im Lauf der Geschichte ist die Härte des Schuldrechts fortlaufend abgemildert worden — zeitweise sogar über das richtige Maß hinaus, sodaß dagegen neuestens wieder eine Reaktion eintrat.

1. In älterer Zeit stand den Gläubigern eines Schuldners, der seine Verbindlichkeiten nicht erfüllte, am letzten Ende die Personalexekution, also der Eingriff in die persönliche Freiheit des Schuldners zu Gebote[2]). Die Schuldhaft ist durch Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 definitiv beseitigt[3]). Exekutionsobjekt ist jetzt nur das Vermögen des Schuldners. Und auch die Vermögensexekution wurde im Lauf der Zeit schrittweise gemildert. Generalexekution — Vermögensverkauf im Ganzen — findet nur noch im Falle des Konkurses, also bei Gläubiger-

---

22) Verlangt der Anfechtende mehr, so hat er die mala fides d. i. die erwähnte Kenntniß zu beweisen.

1) S. o. §§ 184 ff.

2) In verschiedenen Formen. Zuerst verfällt der Schuldner nach röm. Recht dem Gläubiger als Sklave, später muß er durch Arbeit die Leistung abverdienen; — bis in's 19. Jahrhundert hinein bestand die einfache Freiheitsentziehung: das Institut der Schuldhaft.

3) Es gibt jetzt nur noch Freiheitsentziehung zum Zweck der Willensbeugung eines Schuldners, welcher leisten kann, aber nicht leisten will. Jedoch nur

a) zur Erzwingung von Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners, die nicht von anderen Personen an seiner Statt vorgenommen werden können. S. §§ 890 ff. CPO. u. oben § 141 zu Note 3 ff.;

b) zur Rechtssicherung, in Gestalt des Personalarrestes. S. o. Bd. I § 132 Ziff. I i. f.

mehrheit, zur Gesammtbefriedigung aus dem Vermögen des Schuldners[4]) und unter besonderen gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln statt (s. o. § 183). Abgesehen davon kann jeder Gläubiger selbständig nur in die einzelnen zu seiner Befriedigung dienenden Gegenstände des Schuldners vollstrecken[5]). Vgl. §§ 704 ff., 803 ff., 808 ff., 828 ff., 864 ff., 883 ff. CPO. u. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897: über die Vollstreckung in die einzelnen Vermögensgegenstände[6]). Es gibt jedoch Vermögen, welches der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist. Vgl. §§ 811 ff., 850 CPO., RG. betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns v. 21. Juni 1869 und mehrere Bestimmungen der Reichsbeamten-[7]) und Versicherungsgesetze[8]). Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung bestehen vorwiegend im sozialen und wirthschaftlichen Interesse. Es ist nicht wünschenswerth, daß der Schuldner der nothwendigsten Subsistenzmittel und seiner Arbeitsgeräthschaften beraubt werde, deren er zur Fortsetzung seiner Berufsthätigkeit bedarf. Diese Gegenstände sind nach § 1 KO. auch der Versilberung im Konkursverfahren nicht unterworfen. Ja im Konkurse kann die Gläubigerschaft in ihrer Mehrheit (mit bindender Kraft auch für die dissentirenden Mitglieder) dem Gemeinschuldner und dessen Familie eine besondere Unterstützung bewilligen[9]). §§ 58 Ziff. 3, 132 KO.

2. Andere, weniger auf wirthschaftlichem Grunde als auf mißverstandener Billigkeit beruhende Exekutionsprivilegien hat das moderne Recht glücklich hinweggeräumt. Was hier dem einen gegeben wird, nimmt man dem Anderen: die Billigkeit auf einer Seite wird leicht mit

---

4) Die ehemaligen infamirenden Folgen des Konkurses sind beseitigt. — Hiermit und mit Beseitigung der Schuldhaft entfiel von selbst das Bedürfniß nach der ehemaligen Rechtswohlthat der cessio bonorum für unglückliche Schuldner (vgl. Tit. Dig. de cess. bon. 42, 3), die zur Vermeidung jener Rechtsnachtheile eingeführt war.

5) Dabei ist der Gläubiger, wenn sein Recht nicht auf ein bestimmtes Objekt geht (sog. Realexekution), im Allgemeinen nicht gehindert, die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners in beliebiger Reihenfolge anzugreifen, — also nicht etwa z. B. die beweglichen Sachen vor den unbeweglichen 2c.

6) Bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungen und sonstige Vermögensrechte des Schuldners.

7) Vgl. § 6 R.BeamtenG. v. 31. März 1873; § 45 R.MilitärG. v. 2. Mai 1874, vgl. § 18 d. Ges. v. 22 Mai 1893.

8) Vgl. § 10 RG. v. 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hülfskassen; §§ 56, 65 Abs. 3, 73 Abs. 1 KrankenVersG., § 96 UnfallVersG. v. 30. Juni 1900, § 55 InvalidenVersG. v. 13 Juli 1899. S. auch Hinrichs im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 191; Bezold, Die Beschlagnahme (1875).

9) Masseschuld. S. o. § 183. — Ueber den Zwangsvergleich im Konkursverfahren s. o. § 156 i. f. u. unten § 195.

Unbilligkeit auf der anderen erkauft. Schließlich nützt es auch dem Schuldner selbst, wenn sich der Gläubiger auf eine gewisse Promptheit der Exekution verlassen kann. Versagung des Kredits schädigt das gesammte Verkehrswesen. Daher sind aufgehoben die ehemals vielfältigen Vorschriften über Zwangsstundungen[10]); aufgehoben ist die sog. Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt[11]), wonach der zahlungsunfähige Schuldner einer Geldsumme seinen Gläubiger zwingen konnte, gewisse andere Sachen zum Taxwerth anzunehmen. Vgl. § 14 Ziff. 4 EG.CPO., § 4 EG.KO. Gefallen ist auch als allgemeines Privilegium[12]) die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, derzufolge der Schuldner nicht zum vollen Betrage, sondern nur auf soviel verurtheilt werden konnte, als er zu leisten im Stande war[13]) — später nur auf soviel, daß ihm des Lebens Nothdurft übrig blieb (beneficium competentiae). Heutzutage kommt etwas Aehnliches nur bei der Schenkung vor. S. § 519 BGB.[14]). Es ist erklärlich, daß die unentgeltliche Vermögenszuwendung ein persönliches Verhältniß zwischen den Parteien schafft, welches es unangemessen erscheinen läßt, daß der Gläubiger seine Forderung mit aller Strenge wider den Schenker geltend macht. Daß die gleiche Rechtswohlthat heutzutage noch bei gewissen anderen Schuldverhältnissen vorkomme[15]), ist eine manchmal gehörte, aber sicher unrichtige Behauptung.

---

10) Sog. Moratorien (landesherrliche und gerichtliche), Quinquennellen. Vgl. l. 2, 4 Cod. de prec. 1, 19; RPO. v. 1577 Tit. 23 § 4. S. o. § 156 Ziff. V.

11) Beneficium dationis in solutum. Nov. 4 cap. 3 u. § 172 d. Jüngsten Reichsabschieds (wohl zu unterscheiden von der freiwilligen Annahme an Erfüllungsstatt, s. u. § 187).

12) Gewisser Schuldner und gewisser Verpflichtungsverhältnisse.

13) Dadurch wurde im röm. Recht die Insolvenz mit ihren schlimmen Folgen (s. o.) vom Schuldner abgewendet. Die einzelnen Anwendungsfälle sind hier nicht anzuführen. Vgl. Altmann, Das benef. competentiae, Berl. Diss. (1888); Wünsch, Z. B. v. ben. comp. Leipz. ausgew. Diss. (1897); Kohler in Grünhut's Ztschr. Bd. 14 S. 23; Mandry-Geib, Civilr. Inhalt d. Reichsgesetze § 41 zu Note 6 ff.

14) S. übrigens auch § 528 BGB. (s. u. §§ 231, 233).

15) So in den Fällen der gesetzlichen Unterhaltspflicht (§§ 1578, 1603, 1708 i. f. BGB.), oder der Aussteuer von Töchtern (§ 1620) oder im Falle § 829 BGB. Aber die betreffende Verpflichtung selbst beschränkt sich hier auf das, was der Verpflichtete nach seinem Vermögensstande zu leisten fähig ist. Die Frage, wer die betreffenden Umstände zu beweisen hat, ist für die Frage nach dem selbständigen Recht des Schuldners nicht ausschlaggebend (vgl. o. Bd. I § 126 über die prozessualischen Einwendungen).

II. Erfüllungssurrogate.

A. Leistung an Erfüllungsstatt und Erfüllungshalber. Delegation*.

§ 187.

I. Nimmt der Gläubiger freiwillig als Erfüllung an, was nicht Erfüllung ist[1]), so wird das Schuldverhältniß wie durch Erfüllung aufgehoben. § 364 Abs. 1 BGB. Der Gläubiger erhält dadurch ein Surrogat für das Geschuldete — weil für das letztere gegeben und genommen wird. Die Leistung an Erfüllungsstatt setzt einen Vertrag des Gläubigers und Schuldners voraus, in welchem sich der Gläubiger gegen Leistung des Surrogates für befriedigt erklärt. Der Vertrag tilgt unmittelbar das Forderungsrecht[2]). Selbstredend kann nur der Gläubiger resp. dessen Stellvertreter an Erfüllungsstatt annehmen, und zwar unter der Voraussetzung, daß er über die Forderung zu verfügen berechtigt ist. Auch sonst steht der Vertrag unter den allgemeinen Grundsätzen[3]). Ist er nichtig[4]), so besteht das Schuldverhältniß fort.

1. Die Leistung an Erfüllungsstatt ist Realgeschäft[5]) (datio in solutum). Der gewöhnlichste Fall ist, daß der Schuldner seinem Gläubiger statt der geschuldeten Sache eine andere gibt[6]). Aber auch andere Leistungen[7]) können an Erfüllungsstatt erfolgen, wenn sie nur effektiv und in der (beiderseits vorhandenen) Absicht der Schuldtilgung geschehen[8]). Daß der Schuldner selbst sie vornimmt, ist ebensowenig erforderlich, wie daß er in Person erfüllt.

*) S. Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt (1866); Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. Bd. 3 S. 1075; Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. 15 S. 540, 554; v. Salpius, Novation und Delegation (1864); E. Danz, Forderungsüberweisung (1886) und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 S. 240; Unger in Jhering's Jahrb. Bd. 26 S. 399; Windscheid, Die indirekte Vermögensleistung (1892); v. Blume, Novation, Delegation u. Schuldübertragung (1895).

Dernburg § 118; Stammler S. 229; Endemann I § 142; Cosack § 109; Mathiaß I § 92 II lit. F; Enneccerus I § 210.

1) D. h. weil es dem Inhalt des Schuldverhältnisses nicht entspricht. Ein Zwang zu dieser Annahme besteht nicht. S. o. § 186 Note 11.

2) Nach Anleitung von § 182 oben. — In Folge dessen erlöschen auch die Sicherheiten der Forderung. Bürgen, Mitschuldner werden befreit ꝛc.

3) Z. B. der Gläubiger muß bei der Annahme wissen, daß er etwas anderes zu fordern berechtigt ist. Sonst ist der Vertrag wegen Irrthums anfechtbar. Verboten ist der Vertrag in § 1229 BGB., § 115 GewO.

4) Oder in Folge Anfechtung vernichtet.

5) S. o. Bd. I § 86 bei Note 9 ff.

6) Hingabe von Reichsbanknoten statt Reichswährung ist Erfüllung, keine Leistung an Erfüllungsstatt. S. o. Bd. I § 62 Note 11.

7) Z. B. von Rechten, Diensten ꝛc.

2. Der Leistende kann dem Gläubiger an Erfüllungsstatt aber auch eine Forderung[9]) geben, die er gegen einen Dritten hat[10]). Leistung an Erfüllungsstatt liegt hier (nach dem Begriff) nur vor, wenn der Gläubiger aus diesem Grunde seinen Schuldner freigibt[11]). Und unter gleicher Voraussetzung[12]) kann dem Gläubiger auch eine neue Forderung bestellt, also etwas versprochen werden, wofür die alte Schuld erlöschen soll. Der Versprechende kann der alte Schuldner oder ein Dritter sein. Hier wird der Charakter des Realgeschäfts verlassen[13]); wir können von einer promissio in solutum reden[14]). Gleichwohl gelten dieselben Regeln wie bei effektiven Erfüllungsleistungen[15]). Nur ist in allen diesen Fällen die Auslegung besonders schwierig, ob wirklich Leistung an Erfüllungsstatt (also Freigabe des alten Schuldners) gewollt sei, oder nicht. Ist es der alte Schuldner selbst, der in dieser Weise seinem Gläubiger etwas anderes verspricht, so stellt das Gesetz gegen die Absicht der Freigabe von der bisherigen Verbindlichkeit eine direkte Vermuthung auf. § 364 Abs. 2[16]).

3. Aus dem Begriff der Leistung an Erfüllungsstatt folgt, daß die durch sie getilgte Schuld auch dann getilgt ist, wenn die geleistete Sache dem Gläubiger entwährt wird oder wenn sie mit

---

8) Diese ist der Rechtsgrund der erfolgten Zuwendung. Wird er vereitelt, z. B. weil der Vertrag über die in solutum datio im gegebenen Falle nichtig war, so unterliegt die Zuwendung der Rückforderung als ungerechtfertigte Bereicherung.

9) S. schon oben Note 7.

10) Wie er dies macht, ist eine andere Frage. S. u. §§ 197 ff. die Lehre von der Cession. Aber auch eine Delegation (unten Ziff. III) ist möglich, indem z. B. der Schuldner seinen Schuldner anweist, dem Gläubiger zu versprechen, und letzterer für das Versprechen des Dritten seinen ursprünglichen Schuldner entläßt.

11) Wie weit er ihn freigibt — ob ganz oder nur bis zum Nennwerth der überwiesenen Forderung — ist Sache der freien Vereinbarung der Parteien. (Bei richterlicher Ueberweisung § 835 Abs. 2 CPO. tritt nur das letztere ein.)

12) Daß der Gläubiger seinen Schuldner freigibt. S. o. bei Note 11.

13) Eine reelle Leistung kann vorliegen bei Hingabe eines Werthpapiers (oben Bd. I § 63), in der die neue Forderung verbrieft ist. — Und auch abgesehen davon bleibt es immer etwas anderes, ob (direkt) in solutum versprochen oder blos vereinbart wird, daß demnächst eine bestimmte Sache 2c. an Erfüllungsstatt gegeben werden solle. Letzteres (der Vorvertrag) tilgt niemals die ursprüngliche Forderung, wenn auch der Vorvertrag wohl indirekt der Schuldklage entgegengesetzt werden kann.

14) Im Gegensatz zu der (realen) datio in solutum oben Ziff. 1.

15) S. besonders unten Ziff. 3. Unzutreffend nehmen Endemann I § 142 Ziff. II, 1 und Cosack § 109 i. f. hier immer Novation an. S. u. 188. Richtig Schollmeyer § 364 Note 3.

16) Im Uebrigen s. noch unten Ziff. II.

Mängeln behaftet ist, welche der Gläubiger bei der Annahme übersah[17]). Ebenso wenn die an Erfüllungsstatt übertragene Forderung einem Anderen zustand oder das Versprechen an Erfüllungsstatt nichtig ist, sodaß der Gläubiger, der es zur Befriedigung annahm, leer ausgeht. In allen diesen Fällen kann der Gläubiger keineswegs auf seine frühere Forderung zurückgreifen; denn diese ist durch Befriedigung erloschen, auch ihre Sicherheiten sind verloren[18]). Der Gläubiger hat nur wegen der Erfüllungsleistung dieselben Ansprüche wie ein Käufer der Sache oder der Forderung — kann also vom Uebertragenden Gewährleistung verlangen[19]). § 365 BGB.

Ging der Schuldner oder ein Dritter an Erfüllungsstatt dem Gläubiger gegenüber eine neue Verpflichtung ein, so ist § 365 nicht anwendbar[20]). Da die alte Verbindlichkeit erloschen ist, bleibt hier dem Gläubiger nichts übrig, als aus dem neuen Vertrage sein Interesse geltend zu machen, wenn die darin übernommene Verpflichtung zusammenfällt oder nicht erfüllt wird[21]).

II. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Freigabe des Schuldners, namentlich gegen andere als Realleistungen[22]), nicht ohne Gefahr für den Gläubiger ist. Aus diesem Gesichtspunkt wird die Auslegung des Vertrages[23]) vorzunehmen sein (auch soweit die Vermuthung des § 364 Abs. 2 BGB. nicht Platz greift), ob der Gläubiger gegen Empfang des neuen Werthes den alten Schuldner überhaupt habe entlassen wollen[24]). Dazu werden besondere Anhaltspunkte

---

17) Vgl. unsere §§ 173, 219 ff.

18) Es sei denn, daß der Gläubiger sich für diesen Fall den Rückgriff auf die alte Schuld vorbehalten hätte. Dann ist der Vertrag über die Leistung an Erfüllungsstatt bedingt geschlossen und fällt bei Eintritt der Bedingung zusammen, was z. B. auch wider den Bürgen wirkt. § 365 BGB. steht (als dispositive Vorschrift) nicht entgegen.

19) S. u. §§ 219 ff. Im röm. Recht standen sich l. 4 Cod. de evict. 8, 44 und l. 46 pr. Dig. de sol. 46, 3 entgegen. S. auch noch l. 8 Cod. de sent. et interloc. 7, 45. Die Frage war deshalb bestritten. Vermittelnd das Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 242. Es gab, wie schließlich auch die gemeine Praxis, dem Gläubiger ein Wahlrecht.

20) Er paßt weder direkt, noch ist er per analogiam darauf übertragbar.

21) Je nach der Sachlage das positive oder negative Interesse. Vgl. §§ 275 ff., 307, 323 ff. BGB. Es gelten die allgemeinen Grundsätze. Ergibt sich aus ihnen, daß wegen der neuen Verbindlichkeit gar kein Interesse verlangt werden kann, so hat der Gläubiger seine Rechte verloren.

22) Also gegen bloße Versprechungen in solutum (oben I Ziff. 2).

23) S. o. vor Note 2.

24) Diese Absicht muß beim Gläubiger vorhanden sein (ebenso wie bei der Novation der sog. animus novandi. Vgl. l. 8 Cod. de nov. 8, 41 und unten § 188 Ziff. 2c.) Nur beim Vorhandensein dieser Absicht wird der Akt zu einem schuldtilgenden.

erforderlich sein. Aus der gesetzlichen Gegenvermuthung für einen Fall[25]) ist keineswegs ein arg. a contrario abzuleiten. Vielmehr geht die Auffassung des Lebens von dem Grundsatz aus „Anweisung ist keine Zahlung". Dies beschränkt sich keineswegs auf die Anweisung im technischen Sinne, sondern bezieht sich auf Verpflichtungsverhältnisse aller Art, die auf Grund von früheren übernommen werden. Der Regel nach will man hier nicht schon für das neue Kreditverhältniß, sondern erst gegen Empfang wirklicher Leistung aus demselben die frühere Verbindlichkeit aufgeben: man läßt sich nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber versprechen. Eine derartige Leistung zahlungshalber ist auch bei direkten Sachleistungen möglich, z. B. der Gläubiger soll eine ihm übergebene Sache verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen[26]). Das Hauptfeld der zahlungshalber übernommenen Leistungen aber liegt auf dem Gebiet der Ueberweisung von Forderungsrechten (bestehender oder neu zu begründender) zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers.

Ist eine solche Ueberweisung zahlungshalber geschehen, so hat der Gläubiger zwei Forderungsrechte: das ursprüngliche alte und die überwiesene resp. neu begründete Forderung[27]). Das Verhältniß dieser Forderungsrechte ist, daß der Gläubiger in erster Linie damit einverstanden ist, aus der neuen Forderung befriedigt zu werden, ja daß er sich verpflichtet hat, aus ihr zunächst (mit verkehrsüblicher Sorgfalt) seine Befriedigung zu suchen[28]). Soweit er die Befriedigung erlangt, soll sie das alte Schuldverhältniß tilgen. Soweit

25) § 364 Abs. 2 BGB.

26) Wieder verschieden davon ist der Fall, wenn dem Gläubiger eine Sache verkauft wird unter Aufrechnung des Kaufpreises auf die bisherige Schuld. S. darüber unten §§ 191 ff. Hier kann, wenn die bisherige Schuld nicht bestand, der Kauf nicht rückgängig gemacht also die Sache als indebitum zurückgefordert, sondern nur der Kaufpreis verlangt werden. (Wird dieser freilich nicht bezahlt, so kann sich auf dem Wege des § 326 BGB. eventuell auch eine Rückforderung der Sache ergeben.)

27) Gemeint ist nicht ein einfaches Erfüllungsversprechen des Schuldners: constitutum (debiti proprii). Dasselbe diente den Römern zur Ausfüllung der Lücken ihres Kontraktsystems und hatte schon im gemeinen Recht seine Bedeutung verloren. Vom vertragsmäßigen Anerkenntniß (s. u. bes. § 305) unterscheidet es sich dadurch, daß es ein schuldbegründeter Akt nicht sein soll. Verspricht man aber blos zu leisten, wenn man schuldig ist, so ist das Versprechen civilistisch werthlos. (Prozessualisch kann es als außergerichtliches Geständniß in Betracht kommen, geht aber dann in diesem Begriffe auf. Entsprechendes gilt, insofern es als Anerkennung des § 208 BGB. die Verjährung unterbricht.) Das Konstitut ist in das juristische Antiquitätenkabinet zu verweisen.

28) Also er muß z. B. den gegebenen Wechsel gehörig präsentiren ꝛc. Soweit die neue Forderung nicht gehörig beigetrieben wird, steht dem alten Schuldner ein Einwand zu.

er sie ordnungsmäßig nicht erlangt, soll der Gläubiger auf die Ausübung des alten Schuldverhältnisses zurückgreifen dürfen.

III. Ist es nicht der bisherige Schuldner, der in dieser Weise seinem Gläubiger verspricht, so kann sich das Versprechen 1. an eine Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner anknüpfen. Schuldüberweisung (passive Delegation). Der bisherige Schuldner (Delegant) ersucht den Dritten (Delegaten), meist seinen eigenen Schuldner, dem Gläubiger zu dessen Befriedigung zu versprechen, und der Gläubiger (Delegatar) nimmt das Versprechen in diesem Sinne an. Damit kann sich eine Freigabe des alten Schuldners verbinden[29]); nothwendig ist dies aber nicht. Hier ist eine dreifache Zweckbeziehung zu unterscheiden:

a) das Kausalverhältniß zwischen Deleganten und Delegatar: das ursprüngliche Schuldverhältniß und dessen Tilgung durch das neue Versprechen oder dessen Erfüllung;

b) das Kausalverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegaten. Dieses kann von jeder möglichen Art sein: vor Allem Lösung eines Schuldverhältnisses, wenn der Delegat Schuldner des Deleganten war, oder eine Kreditgewährung seitens des Delegaten 2c.[30]);

c) die Beziehung zwischen Delegaten und Delegatar. Diese ist das auf Grund des doppelten Kausalverhältnisses abgegebene und acceptirte Schuldversprechen zwischen diesen Personen. Das Versprechen kann ein abstraktes Schuldversprechen sein, wie z. B. wenn es in einem Wechsel[31]), in Form des § 780 oder 784 BGB. abgegeben wird. Dann gelten die diesbezüglichen Regeln, und kann folglich der Delegat dem Gläubiger für gewöhnlich[32]) keine Einwendungen aus dem ursprünglichen zwischen ihm und dem alten Schuldner bestehenden Schuldverhältnisse entgegensetzen. Anders sofern der Delegat dem Gläubiger — wie hier als Regel vorauszusetzen — nicht abstrakt versprach. Hier ist Rechtsgrund[33]) des neuen Versprechens schlechthin das Bestehen der

---

29) S. o. Note 10. Dann ist die Delegation nicht zahlungshalber, sondern an Zahlungsstatt erfolgt. Ebenso kann sie eine Novation in sich schließen. S. u. § 188. Entscheidend ist der Wille des Gläubigers. S. o. Ziff. II. Der röm. Satz: qui delegat solvit ist für das heutige Recht abzulehnen.

30) Ebenso natürlich auch eine Schenkung. S. o. Bd. I § 75.

31) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 4 S. 366, Bd. 5 S. 256, Bd. 10 S. 48, 132 ff. S. u. Note 41.

32) S. über die letztgenannten Fälle insbesondere unten §§ 304, 306, 308, 314; für den Fall der Unerlaubheit des ursprünglichen Schuldverhältnisses auch noch besonders § 322 zu Note 13 ff. u. Cit.

33) S. Bd. I §§ 74 i. f. u. 75 u. unten Note 42.

alten Schuld, und deren Mängel sind ebensoviele Mängel des neuen Schuldverhältnisses[34]).

Dagegen kann der Delegat dem Gläubiger (Delegatar) niemals solche Einwendungen entgegensetzen, welche auf seinem Verhältnisse zum alten Schuldner (dem Deleganten) beruhen. Mängel der letzteren Art sind lediglich unter den beiden Betheiligten zum Austrag zu bringen[35]). —

Möglich ist auch, daß der Dritte ohne Ersuchen des alten Schuldners, also aus freien Stücken dem Gläubiger verspricht. In diesem Falle spricht man von Expromission. Das Verhältniß ist dem durch Schuldüberweisung geschaffenen ähnlich[36]).

2. Entsprechend ist eine Forderungsüberweisung (aktive Delegation) denkbar, indem der Gläubiger seinen Schuldner ersucht, was dieser ihm schuldet, einem Dritten zu versprechen, während der Dritte das bezügliche Versprechen des Schuldners in diesem Sinne annimmt[37]). Hier ist der Schuldner der Ueberwiesene (Delegat); der alte Gläubiger der Ueberweisende (Delegant), der Dritte der neue Gläubiger (Delegatar). Auch mit dieser Uebereinkunft kann sich eine Freigabe des Schuldners von seiner alten Verpflichtung verbinden[38]); aber nothwendig ist dies hier ebensowenig wie bei der passiven Delegation. Auch hier ist die dreifache Beziehung wichtig:

a) das Zweckverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegaten: das ursprüngliche Schuldverhältniß und dessen Tilgung durch das neue Versprechen oder dessen Erfüllung;

b) das Zweckverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegatar. Dies kann von jeder Art sein: vor Allem in einer Schuldtilgung[39]) oder in einem Kreditverhältniß[40]) bestehen;

---

34) Auch nach erfolgter Zahlung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung geltend zu machen. S. u. §§ 317 ff.

35) S. schon l. 19 Dig. de nov. et del. 46, 2.

36) Namentlich da es für die Verpflichtung des neuen Schuldners gegenüber dem Gläubiger auf das Verhältniß des ersteren zum alten Schuldner nicht ankommt. S. die vorige Note. Selbstredend fallen einige der obigen Spezialfälle (z. B. derjenige der Anweisung) hier fort. — Auch die Expromission kann an Zahlungsstatt, oder zahlungshalber geschehen oder eine Novation enthalten. S. o. Note 29.

37) Darin liegt der Unterschied vom Vertrag auf Leistung an Dritte und von der sog. Erfüllungsübernahme. S. o. §§ 179 ff.

38) Nach Maßgabe des Willens des alten Gläubigers. S. o. Ziff. II u. Note 29. Maßgebend ist der Wille im Augenblicke des Vertragsschlusses zwischen dem Schuldner und dem Dritten.

39) Versprechen der Leistung an den creditor creditoris.

40) S. o. zu Note 30.

c) die Beziehung zwischen dem Delegaten und Delegatar: das auf Grund des doppelten Kausalverhältnisses abgegebene und acceptirte Schuldversprechen. Dieses kann wiederum abstrakt abgegeben sein, z. B. in Wechselform oder in Form des § 780 BGB. Dann gelten die bezüglichen Regeln, und kann folglich der Delegat dem neuen Gläubiger regelmäßig keine Einwendungen aus dem ursprünglichen zwischen ihm und dem alten Gläubiger bestehenden Schuldverhältnisse entgegensetzen[41]). Anders wenn der Schuldner — wie gewöhnlich — einfach verspricht, was er dem Anderen schuldet[42]). Hier ist Rechtsgrund des neuen Versprechens schlechthin das Bestehen der alten Schuld. Der Schuldner kann sich also auf deren Mängel auch gegenüber dem neuen Gläubiger berufen[43]), wenn er auf ihre Geltendmachung nicht hatte verzichten wollen[44]).

Dagegen kann der Schuldner dem neuen Gläubiger (Delegatar) auch hier keine Einwendungen entgegensetzen, die auf dem Verhältniß des alten zum neuen Gläubiger beruhen[45]).

B. Schuldumwandlung (Novation)*.

§ 188.

Schuldumwandlung ist Ersetzung des alten Schuldverhältnisses durch ein neues. Durch das neue sollen die Ziele des alten erreicht werden. Gegen Begründung des neuen Schuldverhältnisses gibt der Gläubiger das alte auf. Letzteres wird also durch die Umwandlung getilgt. Aber mit der Tilgung geht eine Neubegründung Hand in Hand; und zwar so, daß Aufhebung und Neubegründung in Kausalbeziehung zu einander stehen[1]).

1. Die Schuldumwandlung hat mit dem Versprechen an Er=

41) Sog. reine Delegation. Das Verhältniß ist entsprechend dem oben bei Note 31 ff. hervorgehobenen. S. übrigens auch Note 32 am Ende.

42) Sog. titulirte Delegation, die den Römern allein bekannt war. Vgl. l. 27 Dig. de nov. et del. 46, 2.

43) Vgl. o. Note 34.

44) Hierfür wird man die Formalerfordernisse des abstrakten Versprechens aufstellen. Und die Mängel müssen verzichtbar sein. — Von Verzicht kann regelmäßig keine Rede sein, wenn der Versprechende den Mangel nicht kannte.

45) S. o. Note 35 u. z. B. l. 21 § 1 Dig. de don. 39, 5. Ueberwies z. B. der alte Gläubiger seinen Schuldner dem Dritten, weil er den letzteren irrthümlich für seinen Gläubiger hielt, so darf sich der Schuldner dem Delegatar gegenüber darauf nicht berufen, sondern nur der alte Gläubiger kann das Geleistete vom Dritten kondiziren.

*) Vgl. die oben § 187 Citirten, ferner Salkowski, Novation (1866); Hruza, desgl. (1881), sowie im Sächs. Archiv Bd. 5 S. 28. — Stammler S. 231 ff.; Dernburg §§ 119—120; Mathiaß I § 96; Enneccerus I § 218.

1) Im Sinne von Bd. I §§ 74 i. f. u. 75.

füllungsstatt[2]) gemein, daß sie auf einem Vertrage beruht, und daß durch diesen Vertrag das alte Schuldverhältniß erlischt. Ja die Umwandlung kann in jeder der dort besprochenen Formen vorkommen, also zunächst

a) unter den Parteien des alten Schuldverhältnisses. Hier ist der Zweck, eine bestimmte Aenderung in den Beziehungen der Parteien herbeizuführen. Hierin liegt der Unterschied vom Versprechen an Erfüllungsstatt. Letzteres steht der Erfüllung gleich: das bisherige Kreditverhältniß wird schlechthin aufgehoben, neues und altes Schuldverhältniß haben nichts miteinander gemein. Bei der Schuldumwandlung dagegen wird das Kreditverhältniß wirthschaftlich nur in veränderter Form fortgesetzt. Das Versprechen an Erfüllungsstatt ist ein stärkerer Tilgungsmodns als die Umwandlung: die Cäsur zwischen alter und neuer Schuld ist schroffer[3]). Die wirthschaftliche und Verkehrsanschauung ist es daher, die den Anhalt gibt, beide Verträge praktisch von einander zu unterscheiden. An sich läßt sich nicht sagen, daß immer die stärkere Form gewollt sei[4]). Aber technisch tritt die Schuldumwandlung im heutigen Recht hinter dem Versprechen an Erfüllungsstatt sehr zurück[5]).

So kann es nach Lage der Sache eine wirthschaftliche Fortsetzung des alten Kreditverhältnisses sein, wenn an Stelle des alten Schuldgegenstandes ein anderer gesetzt, oder ein neuer Schuldgrund für

---

2) S. o. § 187.

3) Hauptsächlich zeigt sich dies im Falle, da die neue Schuld nichtig ist. Hier kommt die Umwandlung nicht zu Stande (s. u. vor Note 25), im Gegensatze zum Versprechen an Erfüllungsstatt, durch das auch im Falle der Nichtigkeit die alte Schuld definitiv untergegangen ist. S. o. § 187 bei Note 15 und 18.

4) Beweis ist der wichtige Fall unten Note 30. — Bei einigen Schuldverhältnissen, z. B. Spiel, Wette, Differenzgeschäften, auf welche die Leistung nicht erzwungen, das freiwillig Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann, hat das Gesetz der promissio in solutum keine stärkere Wirkung beigelegt, als der Schuldumwandlung oder einem zahlungshalber abgegebenen Versprechen, d. h. behandelt sie als ebensowenig erzwingbar wie das Grundverhältniß. § 762 BGB. Sonst wäre der Umgehung des Gesetzes Thür und Thor geöffnet.

5) Im röm. Recht war die Novation das hauptsächlichste Mittel, um Veränderungen im Bestande eines Schuldpostens vorzunehmen, sei es Veränderungen im Inhalt oder Gegenstande der Verpflichtung, oder in den Subjekten (Uebertragung auf einen anderen Gläubiger oder Schuldner). Alles dies war unter Bewahrung der Identität des Schuldverhältnisses nicht möglich. Man mußte zu diesem Zweck das alte Schuldverhältniß aufheben und ein neues mit dem veränderten Inhalte begründen. Heutzutage sind die betreffenden Aenderungen im bestehenden Schuldverhältniß zulässig (s. z. B. unten Note 20). Dadurch ist das Feld der Novation erheblich eingeschränkt, und sie wird im Gesetz nicht ex professo behandelt. Indirekte Bestimmungen, Anwendungsfälle 2c. fehlen aber nicht.

denselben Leistungsinhalt geschaffen wird. Z. B. ein bisher schwankender oder komplizirter Schuldgrund wird durch Anerkennung[6]), Hingabe von Wechseln, kaufmännischen Verpflichtungsscheinen u. dgl. oder durch Umwandlung in ein Darlehen[7]) in einen klaren und faßbaren verwandelt[8]). Man würde dem Leben nicht gerecht werden, wollte man diese Fälle als Leistung an Erfüllungsstatt auffassen, und dadurch gewissermaßen einen dicken Strich durch alles Vergangene machen.

α. Allerdings braucht in den Fällen der Anerkennung, Wechselhingabe ꝛc. überhaupt nicht die Absicht einer Aufhebung der alten Schuld zu bestehen. Die neuen Verpflichtungen können blos zahlungshalber übernommen sein[9]). Hierfür sprechen häufig die Umstände[10]). Eine Aenderung des Schuldgegenstandes kann auch im alten Schuldverhältniß erfolgen[11]), ein Anerkenntniß, Wechsel ꝛc. neben die alte Schuld treten[12]). Anderseits liegt bei der Einkleidung in Darlehen (§ 607 Abs. 2) die Umwandlungsabsicht regelmäßig vor[13]).

β. Ganz auszuscheiden aus diesem Zusammenhange ist der Kontokurrentvertrag. Im Kontokurrentverhältniß kommt den einzelnen auf Grund des Vertrags gemachten Leistungen der Parteien innerhalb der Rechnungsperiode überhaupt keine selbständige Bedeutung zu. Sie begründen nur Rechnungsposten, und erst der Saldo (das Resultat der Rechnung) ist eine selbständige Forderung. Wird anderseits eine früher selbständige Forderung, insbesondere eine solche, für welche Pfänder, Bürgschaften oder andere Sicherheiten bestehen, in ein Kontokurrentverhältniß eingestellt, so bestimmt jetzt § 356 HGB., daß diese Sicherheiten dem Gläubiger, soweit er noch etwas zu fordern hat, nicht verloren gehen, — was die Umwandlung ausschließt[14]).

---

6) Häufig auf Grund einer Abrechnung. S. § 782 BGB.

7) Anerkannt in § 607 Abs. 2 BGB. Daß hierin nur ein Schema für die Umwandlung liegt, s. u. Note 30.

8) In den erstgenannten Fällen wird die Vereinfachung und Klarstellung dadurch erreicht, daß an Stelle des bisherigen materiellen ein abstraktes Schuldverhältniß, im letzten das einfache Darlehensverhältniß gesetzt wird.

9) Wie oben § 187 Ziff. II und III ausgeführt worden ist. Das dort Gesagte bezieht sich auch auf den hier und die gleich unten lit. b erwähnten Fälle. Entscheidend ist überall die Absicht des Gläubigers, die alte Schuld preiszugeben. S. u. Ziff. 2c über den animus novandi.

10) Ebenso galt im bisherigen Recht in weitem Umfange der Satz, daß die Novation nicht zu vermuthen sei.

11) Also unter Wahrung von dessen Identität. S. o. Note 5.

12) S. o. § 187 Note 27 ff. Hellmann, Die novatorische Funktion der Wechselbegebung (1874) u. A.

13) Also § 364 Abs. 2 BGB. ist hierauf keinesfalls analogisch anzuwenden.

14) Ebenso bei Vortrag auf neue Rechnung. Dernburg § 120 Ziff. II gegen Cosack, Handelsrecht § 69 I Ziff. 8.

b) Ebenso kann eine Umwandlung des Schuldverhältnisses durch Gläubiger- oder Schuldnerwechsel in Form der aktiven und passiven Delegation[15]) vorkommen[16]), sofern der Gläubiger des bisherigen Schuldverhältnisses nur die Umwandlung will[17]) und der Vertragsschluß in diesem Sinne erfolgt. Wir sahen schon, daß dies keineswegs nothwendig, eine Aufhebung der alten Schuld mit diesen Akten keineswegs verbunden zu sein braucht[18]). So beim gezogenen Wechsel, Anweisungen ꝛc., wogegen die Einkleidung einer älteren Schuld in Darlehen (§ 607 Abs. 2 BGB.) auch mit Personenwechsel vorkommen kann und einen wahren Fall der Umwandlung darstellt[19])[20]).

2. Soweit die Schuldumwandlung hiernach noch vorkommt, sind demgemäß ihre Voraussetzungen festzustellen. Diese sind

a) das Bestehen einer älteren Schuld, die umgewandelt werden soll, wobei ein unvollkommenes Schuldverhältniß keineswegs immer genügt[21]). Mängel des alten Schuldverhältnisses[22]) sind ebensoviele Mängel resp. Unwirksamkeitsgründe des neuen, sofern nicht die neue Verpflichtung (z. B. als Wechsel ꝛc.) abstrakte Gültigkeit besitzt und nicht ein rechtlich mißbilligtes Grundverhältniß dadurch zur Geltung gebracht werden soll. Darüber hinaus wirkt der Mangel des alten Schuldverhältnisses nur nach §§ 812 ff. BGB.[23]). Soweit Mängel des alten Schuldverhältnisses durch Bestätigung heilbar sind[24]), kann die Umwandlung in Kenntniß der Mängel unter Umständen als Bestätigung wirken. Ebenso als Verzicht auf Einreden, welche dem alten Schuldverhältniß entgegenstanden.

---

15) Bezw. Expromission (oben § 187 Note 36). 16) S. o. § 187 Ziff. III.
17) S. u. Ziff. 2c.
18) S. o. Note 9 ff., 12 u. Cit.
19) Indem der Schuldner einer anderen Person als neuem Gläubiger das „Darlehen" verspricht, oder ein Dritter dem Gläubiger gegenüber die Verpflichtungen des alten Schuldners als Darlehen übernimmt. S. o. Note 7 ff., bei Note 13 u. 30.
20) Dagegen bedürfen wir zur bloßen Uebertragung eines Schuldverhältnisses auf andere Personen der Novation nicht mehr. S. u. §§ 197 ff. betr. Uebertragung der Schuldverhältnisse auf andere Subjekte. Hierdurch ist eine der Hauptfunktionen der alten Novation fortgefallen.
21) S. schon oben Note 4 und § 140. Rechtlich mißbilligte Schuldverhältnisse genügen regelmäßig nicht. Anders in den übrigen Fällen, soweit auch (wie in § 222 BGB.) ein Anerkenntniß wirksam ist.
22) Insbesondere Nichtigkeit oder Vernichtung durch Anfechtung. — Aehnlich liegt die Sache, wenn das alte Schuldverhältniß bedingt und die Bedingung ausgefallen ist.
23) S. insbes. u. §§ 306, 322 Note 13 ff. (auch o. § 187 Note 32 u. 41). — Das neue Schuldverhältniß ist insbesondere wegen Irrthums über das Bestehen des alten kondizirbar, während die Novation in Kenntniß dieses Nichtbestehens nach Art der Schenkung zu behandeln sein wird (wegen der Form wichtig). Vgl. § 814 BGB.
24) S. o. Bd. I § 81 Ziff. I.

b) Die Umwandlung erfordert ferner das Zustandekommen der neuen Schuld. Entsteht diese nicht oder ist sie nichtig, so bleibt das alte Schuldverhältniß bestehen; wird die neue Verpflichtung mit Erfolg angefochten, so lebt die alte Forderung wieder auf, wie wenn sie niemals erloschen wäre. — Das neue Schuldverhältniß muß ein einseitiges, — auf einem einseitigen Vertrag[25]) beruhendes sein, also entweder ein abstraktes Schuldverhältniß oder Darlehen[26]). Denn Aufhebung (der alten) und Neubegründung (der neuen Schuld) sind es, die hier in Wechselbeziehung[27]) gesetzt sind; und dieser Wechselbeziehung können nicht Verträge dienen, die (als gegenseitige) schon einen anderen Rechtsgrund der darin übernommenen Verpflichtungen enthalten[28]). Ueberhaupt schließt die Umwandlungsabsicht jede andere materielle Zuwendungsabsicht aus[29]); — weshalb denn auch die Abrede, daß der Schuldner das, was er aus beliebigen anderen Gründen schuldet, nunmehr als Darlehen verschulden soll, regelmäßig nur den Namen des Darlehens — für eine novatorisch kreditirte Leistung — trägt[30]).

c) Endlich ist erforderlich die Umwandlungsabsicht, d. h. die Absicht, durch den Vertrag an Stelle der alten Schuld die neue zu setzen. Diese Absicht kann aus den Umständen erhellen. Soweit der bisherige Gläubiger bei dem Vertrage nicht mitwirkt (Gläubigerwechsel), muß sie von seiner Seite besonders erklärt werden[31]). Denn

25) S. o. § 167 Ziff. I.

26) S. unsere obigen Beispiele: Ziff. 1a u. b.

27) Kausalverhältniß im Sinne von Bd. I § 75. Bei der Novation ist Rechtsgrund der Aufhebung des alten Schuldverhältnisses die Begründung des neuen, — Rechtsgrund der Neubegründung (des neuen Schuldverhältnisses) die Aufhebung des alten.

28) Daher kann nicht ein materiell charakterisirtes Schuldverhältniß durch Novation in ein anderes materiell charakterisirtes verwandelt werden, z. B. die Miethe nicht in einen Kauf und umgekehrt.

29) Aehnlich wie man nicht dieselbe Sache gleichzeitig oneros und lukrativ zuwenden oder dieselbe Leistung kreditiren und als Schuldzahlung übermachen kann. Vgl. Bd. I § 74 Note 26 ff.

30) Wäre wirklich ein Darlehen gewollt, so müßte sich der Akt im Wege der Auslegung so auffassen lassen, daß das bisher Geschuldete dem Gläubiger effektiv zurückgezahlt und von dem letzteren dann wieder sofort ausgeliehen worden sei. Im anderen Falle ist das Darlehen nur der Name für ein Schuldversprechen, dessen causa verschiedenartig sein kann, also im vorliegenden Fall auch Novation. Mit der Einkleidung als „Darlehen" kann sich dann noch die Absicht der Parteien verbinden, daß der Schuldner sich in anderen Beziehungen (Zinszahlung u. dgl.) so behandeln lassen soll, als ob er ein Darlehen empfangen hätte, was zulässig ist, soweit dadurch nicht ein Verbotsgesetz (z. B. des Anatozismus) verletzt wird. Eine Fiktion liegt also in dieser Einkleidung nicht, sondern eine rechtlich zuläßige Manifestation des Parteiwillens im Novationsvertrage. S. noch unten § 248 Ziff. 2.

31) Auch hier genügt übrigens eine indirekte Erklärung. S. o. Bd. I § 86.

der Vertrag wirkt nur dann umwandelnd, wenn der Gläubiger in die Preisgabe der alten Forderung einwilligt. Daß dafür jedenfalls keine Vermuthung spricht, ist oben dargethan. S. § 187 Ziff. II.

3. Die Wirkung der Umwandlung ist völlige Aufhebung des alten Schuldverhältnisses mit allen Vorzugs-[32]) und Sicherungsrechten[33]), und Ersatz durch das neue. Daher kann die Umwandlung für den Gläubiger nachtheilig sein, falls er sich jene Sicherheiten nicht auch für die neue Forderung bestellen läßt[34]) oder das Pfandrecht nach heutigen Grundsätzen von der Forderung abgelöst ist[35]).

C. Oeffentliche Hinterlegung zur Schuldbefreiung*.

§ 189.

1. Begriff und Voraussetzungen.

Wenn der beabsichtigten Erfüllung des Schuldverhältnisses[1]) in der Person des Gläubigers Hindernisse entgegenstehen, so wird dem Schuldner[2]) ein Mittel gegeben, sich ohne Rücksicht auf ihn der geschuldeten Sache zu entledigen und damit seine Befreiung von der Schuld wie durch Erfüllung herbeizuführen. Dieses Mittel ist die öffentliche Hinterlegung.

Die Hinterlegung ist also ein Ersatzmittel (Surrogat) der ordnungsmäßigen Erfüllung[3]), aber selbstverständlich nur bei Sachleistungen.

Die Novationsabsicht kann in der Ueberweisung (Delegation) § 187 Ziff. III hinreichenden Ausdruck finden.

32) Z. B. privilegia exigendi (s. o. § 183 Note 41), 5 prozentige Verzinsung als Handelsschuld ꝛc.

33) Pfand, Bürgschaft ꝛc. — Auch die Folgen des etwa schon eingetretenen Schuldnerverzugs kommen in Wegfall.

34) Inwieweit dies zuläßig ist, resp. dem Gläubiger gleichwerthige Sicherheit gewährt, ist eine andere hier nicht zu untersuchende Frage. Der Rahmen des § 418 BGB. ist jedenfalls einzuhalten.

35) Vgl. über die sog. selbständigen Pfandrechte unten das Sachenrecht.

*) Ulrich, Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners (1877); Czyhlarz in Grünhut's Ztschr. Bd. 6 S. 657; Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 17 S. 304 ff. u. im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 201 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 442 ff.; Müller in Ihering's Jahrb. Bd. 41 S. 411; Beer, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten (1900); Rosenberg in Ihering's Jahrb. Bd. 43 S. 221. — Stammler S. 233 ff.; Dernburg §§ 121—123; Endemann I § 143; Cosack § 110; Mathiaß I §§ 93—94; Enneccerus I §§ 212—213.

1) S. o. § 182.

2) Nicht einem Dritten, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen. S. o. § 154 Note 13.

3) Von anderen Hinterlegungsfällen ist hier nicht zu handeln. Also nicht von der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung (s. o. Bd. I § 134), nicht vom Verwahrungsvertrage (s. u. §§ 275 ff.), nicht von den prozessua-

Bei anderen Leistungen versagt dieses Hülfsmittel — der Schuldner muß sich nach den Regeln des Annahmeverzugs, des Rücktritts vom Vertrage[4]) u. dgl. zu helfen suchen. Auch trifft ihn hier nicht die fortdauernde lästige Aufbewahrungspflicht der Sache, die mit geschuldeten Sachleistungen verbunden ist[5]). — Ja unser Hülfsmittel beschränkt sich auf die Leistung beweglicher Sachen, da man nur diese hinterlegen kann. Dafür wird bei Grundstücken dem Schuldner unter Umständen die Preisgabe des Schuldobjekts gestattet[6]).

I. Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung ist schon im alten Rechte entwickelt. Sobald die Preisgabe auch bei Mobilien[7]) zu diesem Zweck als ein zu rohes Mittel in Wegfall gerieth, mußte die Niederlegung bei einem Dritten[8]) als Hüter an die Stelle treten. Die Niederlegung erfolgte vielfach bei öffentlichen Anstalten[9]), heute bei den öffentlichen Hinterlegungsstellen. Das Hinterlegungswesen ist großentheils öffentlichrechtlicher Natur, und muß es sein; denn nur die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle bietet genügende Gewähr für Wahrung der Interessen des Gläubigers, ohne die eine völlige Schuldbefreiung des Verpflichteten, wie sie durch unser Institut bezweckt wird, nicht zugelassen werden kann[10]).

1. Wegen dieses Zusammenhangs mit dem öffentlichen Recht ist das Hinterlegungswesen zum großen Theil landesrechtlich geregelt. Die Reichsgesetze befassen sich weder mit der genaueren Bezeichnung der Hinterlegungsstellen noch mit dem Verfahren der Hinterlegung[11]). Vgl.

---

lischen Fällen der Hinterlegung, insofern sie eine Sicherheitsleistung bezwecken. — Endlich gibt es Fälle, in denen der Gläubiger die Hinterlegung verlangen kann (so in §§ 432 Abs. 1, 660 Abs. 2, 1077, 1281, 1392, 1716, 2039, 2114 BGB.). Hier handelt es sich meist um die Betheiligung Mehrerer an einem Schuldposten, resp. um Sicherstellung der Leistung. Die Hinterlegung erfolgt nach Art der hier besprochenen.

4) S. o. §§ 163 ff., 170.

5) S. unsere §§ 157 Ziff. I, 217 Ziff. 2 ꝛc.

6) Im Annahmeverzug des Gläubigers. Vgl. § 303 BGB. u. oben § 164 Ziff. 5.

7) S. darüber oben § 164 Note 18 u. Cit.

8) Wenn nicht beim Schuldner selbst. Kohler, Arch. S. 205.

9) In öffentlichen Gebäuden, Tempeln, Kirchen, Speichern, bei den röm. argentarii etc. Vgl. Czyhlarz S. 663.

10) Anders zum Theil § 373 Abs. 1 HGB. im Interesse des Handelsverkehrs.

11) Die betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften finden sich in besonderen Hinterlegungsordnungen oder in den Ausführungsgesetzen zu unserer Kodifikation. Vgl. die preuß. HO. v. 14. März 1879 u. AG. Art. 84, die bayer. HO. v. 18. Dez. 1899, die sächs. VO. v. 24. Juli 1899, württ. AG. Art. 143—171, die bad. HO. v. 7. Juni 1884 resp. 30. Juni 1899 u. s. w. Schepp, Das öffentliche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch (1899) S. 41; Müller S. 465; Rosenberg S. 224.

Art. 144—146 EG.BGB. Sie setzen voraus, daß in jedem Bundesstaat eine öffentliche Hinterlegungsstelle besteht. Regelmäßig sind dies eine Verwaltungsbehörde (die Bezirksregierungen, Verwaltungshöfe, Staatsdepositenverwaltungen) oder die Gerichte (Amtsgerichte, Landgerichte) bezw. deren Kassen; in einigen Staaten auch besondere Vormundschaftsbehörden oder die öffentlichen Leihhäuser[12]). Daran wird durch das Reichsrecht nichts geändert[13]).

2. Dagegen greift das Reichsrecht zum Theil in das Verfahren der Hinterlegung ein. Zunächst durch die allgemeine Bestimmung, daß die Hinterlegung in keinem Falle von einer vorgängigen gerichtlichen Anordnung oder Erlaubniß abhängig gemacht werden darf[14]). Art. 145 Abs. 2 EG. Vielmehr handelt es sich beim Vorhandensein der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen um ein unbeschränktes Befreiungsrecht des Schuldners. Wohl aber können die Landesgesetze bestimmen, was mit dem Hinterlegten, soweit es in Geld oder in Werthpapieren[15]) besteht, während der Dauer der Hinterlegung werden soll: ob die Objekte in's Eigenthum des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt übergehen[16]) mit Verpflichtung der Rückerstattung in gleichem Betrage (depositum irregulare), oder ob sie dem Eigner in Natur erhalten werden sollen. Art. 145 Abs. 1[17]).

Andere reichsgesetzliche Vorschriften beziehen sich auf den Zweck des Verfahrens als Schuldbefreiungsmittel. Für diesen war in der That eine einheitliche Regelung wünschenswerth — er gehört auch ausschließlich dem Privatrecht an. Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung in Ansehung des Zwecks findet zunächst nicht statt. Der Hinterlegungsstelle ist diese Prüfung abgenommen. Erst hinterher — im Verhältniß des Gläubigers und Schuldners — muß sich zeigen, ob die Hinterlegung schuldbefreiend gewirkt hat[18]). In diesem Sinne verordnet das Bürgerliche Gesetzbuch:

---

12) In Berlin besteht nach § 2 preuß. HO. eine besondere Behörde.

13) Die Fälle, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch die Reichsbank als Hinterlegungsstelle bestimmt (§§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818, 2116) gehören nicht hierher. Es handelt sich dabei nicht um Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

14) Wo das Bürgerliche Gesetzbuch selbst eine gerichtliche Anordnung der Hinterlegung voraussetzt (§§ 489, 1716, 1818), handelt es sich nicht um eine Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

15) S. o. Bd. I §§ 62—63.

16) Nach der preuß. Hinterlegungsordnung geht nur hinterlegtes Geld in's Eigenthum des Fiskus über.

17) Im ersteren Fall sind regelmäßig auch Depositalzinsen zu vergüten.

18) Privatrechtlicher Rechtsstreit! Er dreht sich um die Frage, ob die Hinterlegung als Schuldbefreiungsmittel wirksam war oder nicht. Vgl. auch Beer S. 38 ff.

a) die Hinterlegung soll bei der örtlich zuständigen Hinterlegungsstelle erfolgen. Das ist diejenige am Erfüllungs- resp. Bestimmungsort [19]). Doch ist auch die Hinterlegung an einem anderen Orte nicht unwirksam [20]); der Schuldner hat nur dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen [21]). § 374 Abs. 1 BGB.

b) Die zu hinterlegende Sache kann der Hinterlegungsstelle per Post übersendet werden, in welchem Fall die Hinterlegung von der Aufgabe der Sache zur Post an datirt [22]). § 375.

c) Der Schuldner hat dem Gläubiger, für den er die Hinterlegung vornahm, deren Vollzug ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen [23]). Andernfalls wird er dem Gläubiger schadensersatzpflichtig, sofern nicht die Anzeige unthunlich war [24]). § 374 Abs. 2.

d) Die Hinterlegung ist auch im Fall geschuldeter Zug- um Zugleistungen [25]) brauchbar. Kann hier die Leistung aus Gründen, die am Gegner liegen, nicht erfolgen, so soll der Schuldner wirksam hinterlegen können. Der Gefahr, daß der Gläubiger die Leistung nimmt, ohne die Gegenleistung zu bewirken, wird durch die Bestimmung begegnet, daß die Hinterlegung mit Vorbehalt erfolgen darf, dergestalt daß der bezeichnete Empfänger des Depots sich vor Verabfolgung desselben über die Bewirkung der Gegenleistung ausweisen muß. § 373 BGB. Eine derartige Vorbehaltshinterlegung nimmt an allen Wirkungen der schuldbefreienden Hinterlegung Theil [26]).

---

19) In diesem Sinne spricht § 374 BGB. vom „Leistungsort". Vgl. §§ 269, 270 BGB. Der alsdann zutreffende Hinterlegungsbezirk wird durch das Landesrecht bestimmt.

20) Im Sinne von Note 18.

21) Das sog. interesse loci. Eigentlich müßte der Schuldner unbedingt am Leistungsort hinterlegen, weil er erst hier seine Pflichten erfüllt hat. S. o. § 155. Es handelt sich um eine Billigkeitsvorschrift, da der Leistungsort zweifelhaft sein kann.

22) Scil. bei richtiger Ankunft des Depots. Dann tritt Rückwirkung ein. — Auf andere als Postbeförderung bezieht sich die Bestimmung nicht. Die Hauptfolge der Rückwirkung ist in § 379 Abs. 2 BGB. enthalten.

23) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 Ziff. 1 i. f., § 88.

24) Nach den Umständen, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr. Z. B. öffentliche Zustellung der Erklärung ist nicht zu verlangen. Ebensowenig ein erheblicher Kostenaufwand. — Der Schuldner hat die betreffenden Umstände, aus denen die Unthunlichkeit der Benachrichtigung folgt, zu beweisen.

25) Gleichviel, aus welchem Verhältniß das Recht auf Zug- um Zugleistung folgt (gegenseitiger Vertrag, Zurückbehaltungsrecht, Quittungen für gewöhnlichen und Grundbuchverkehr ꝛc.).

26) Was bei sonstigen Vorbehalten, die allerdings auch möglich sind, nicht gesagt werden kann. S. Hellwig S. 446.

II. Die Hinterlegung ist ein Realvertrag des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle. Man hat das Geschäft auch blos als Uebereignungsantrag der hinterlegten Sachen gegenüber dem Gläubiger angesehen, — einen Antrag, den der Gläubiger dann durch Abhebung des Depots annehme [27]). Aber die Rechte des Gläubigers auf die hinterlegten Gegenstände beginnen vor seiner Kenntniß von der Hinterlegung, ja ohne Rücksicht auf seinen Willen [28]). Auch ist die Hinterlegungsstelle mitthätiger und selbständiger Theilnehmer des Vorgangs. Die Hinterlegung ist ihrem Zwecke nach zugleich ein Mittel einstweiliger Aufbewahrung der geschuldeten Gegenstände für den Schuldner [29]); erst weiterhin tritt dazu die Tendenz der Zugänglichmachung derselben an den Gläubiger. Auf beides geht die Verabredung des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle. Sie ist ein besonders qualifizirter Verwahrungsvertrag [30]) — ausgezeichnet einmal dadurch, daß dieser Vertrag, um schuldbefreiend zu wirken, keine beliebigen Abreden der Parteien verträgt; anderseits dadurch, daß die Verwahrung wesentlich auch dem Gläubiger gegenüber erfolgen soll, sodaß dem Gläubiger ein festes Recht auf Abhebung des Depots eröffnet wird [31]). Der Vertrag hat also den Charakter eines Vertrags auf Leistung an Dritte [32]). Damit steht das nach § 376 BGB. dem Schuldner regelmäßig zustehende Recht der Rücknahme des Hinterlegten, bevor der Gläubiger es angenommen hat, nicht in Widerspruch. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Befugniß der Vertragsschließenden, das dem Dritten eingeräumte Recht ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben [33]).

---

27) So insbesondere Kohler im Archiv S. 209 ff. Dafür spricht die Benachrichtigungspflicht des Schuldners (oben lit. c) und die Vorbehaltshinterlegung (lit. d). Auch liegt jedenfalls etwas Richtiges in dieser Konstruktion. S. u. § 190 Ziff. I.

28) So insbesondere, wenn hinterlegt wird, weil der Schuldner die Person des Gläubigers nicht kennt. S. § 372 i. f. BGB. u. unten Ziff. III.

29) S. o. bei Note 5. Ohne reelle Uebergabe des Geschuldeten an die Hinterlegungsstelle kann daher in keiner Hinsicht von Hinterlegung die Rede sein. S. jedoch oben Note 22.

30) Um deswillen nicht weniger, weil die Hinterlegungsstelle nach Ziff. I sich des Abschlusses dieses Vertrags nicht weigern darf. S. über andere Fälle des sog. Kontrahirungszwangs schon oben Bd. I § 89 Ziff. III. — Zustimmend Hellwig a. a. O. S. 444 ff. Einen Vertrag sui generis nimmt Beer S. 53 an. Aber damit ist nichts gesagt.

31) Unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen. S. z. B. schon oben Ziff. I lit. c. ferner unten § 190.

32) S. o. § 180. — § 372 BGB. sagt ausdrücklich, die Hinterlegung geschehe für den Gläubiger. Vgl. Hellwig S. 444, Müller S. 472, Beer S. 56, Dernburg § 123 II, Schollmeyer vor § 372 Note 4.

33) Vgl. § 328 Abs. 2 i. f. BGB. — Hellwig S. 447.

III. Die Voraussetzungen wirksamer Hinterlegung zur Schuldbefreiung sind, abgesehen von der Leistungsberechtigung des Schuldners in diesem Augenblicke[34]) und vollständiger Leistung des Geschuldeten durch die Hinterlegung[35]),

1. ein bestehendes Hinderniß ordnungsmäßiger Erfüllung in der Person des Gläubigers (sog. Hinterlegungsgrund). Verschulden des Gläubigers ist dabei so wenig erforderlich, als zum Annahmeverzuge[36]). Ist nach Lage der Sache dazu kein Angebot der Leistung erforderlich[37]) oder letzteres erfolgt, so wird überhaupt der Fall des Annahmeverzuges vorliegen. Dieser genügt als Hinterlegungsgrund. § 372 S. 1 BGB. Aber oft liegt der Fall nicht so, daß das zum Annahmeverzug erforderliche Angebot geschehen kann[38]). So vor Allem, wenn mehreren Personen angeboten werden müßte, die sich die Forderung streitig machen, oder wenn man den Gläubiger nicht kennt. Dazu tritt oft die Gefahr der Doppelzahlung, wenn die Erfüllung an den Unrichtigen geschieht[39]) oder die Forderung mit Arrest belegt ist. Auch in diesen Fällen soll dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, sich der Leistung zu entledigen: er soll unter den ihm fremden Hindernissen nicht leiden; nicht das Opfer fremden Streites werden. Daher gibt § 372 das Hinterlegungsrecht auch ohne Annahmeverzug, wenn der Schuldner aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann — vorausgesetzt, daß die Ungewißheit nicht auf eigener Fahrlässigkeit des Schuldners beruht[40]).

2. Nur der Schuldner kann hinterlegen, nicht wer sonst mit befreiender Wirkung leisten oder den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen könnte[41]).

---

34) Diese Voraussetzungen sind allgemeiner Natur, also hier selbstverständlich. Vgl. die Ausführungen oben §§ 156, 182. Müller S. 449.

35) Ueber eine Ausnahme im Interesse der Billigkeit s. o. Note 21.

36) S. o. § 163 Note 13.

37) S. darüber § 163 II bes. Ziff. 3.

38) Vgl. § 163 Ziff. III. Auch praktisch empfiehlt es sich oft nicht. S. den Text. Im Falle des § 299 BGB. kann hinterlegt werden.

39) Hierher gehört auch der Fall des § 75 CPO. S. Müller S. 439. Bei Gesammtgläubigerschaft s. Beer S. 24 ff.

40) Bei rechtlichen Bedenken wird sich fragen, ob dem Schuldner die Erfüllung unter den obwaltenden Verhältnissen zuzumuthen ist. — Der Schuldner, der im Streitfall die Wirksamkeit der Hinterlegung behauptet, muß die Umstände darthun, aus denen er mit Grund dem Gläubiger nicht leisten konnte. Vgl. noch Entsch. d. ROHG. Bd. 10 S. 431 u. d. RG. Bd. 30 S. 199.

41) Der Effekt der Schuldbefreiung tritt sonst nicht ein. Besondere Aus-

3. Der Schuldgegenstand muß eine hinterlegungsfähige Sache sein. Die Hinterlegungsstellen brauchen sich nicht mit Annahme jeder beliebigen Sache zu befassen, weil sie darauf nicht eingerichtet sind[42].

a) Unser Gesetz erklärt für hinterlegbar Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden[43] und Kostbarkeiten[44]. § 372 BGB. In Art. 146 EG. wird dem Landesrecht vorbehalten, noch andere Sachen für hinterlegungsfähig zu erklären[45].

b) Nicht hinterlegungsfähige Sachen darf der Schuldner an Stelle der Hinterlegung im Wege des sog. Selbsthülfeverkaufs versilbern und den Erlös hinterlegen[46]. § 383 BGB. Jedoch dies nur bei Annahmeverzug des Gläubigers. Aus anderen Hinterlegungsgründen nur unter der Voraussetzung daß,

entweder der Verderb der Sache zu besorgen,

oder die weitere Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist[47].

α. Der Selbsthülfeverkauf hat regelmäßig am Leistungsorte[48] und im Wege der öffentlichen Versteigerung zu erfolgen. Von der Versteigerung am Leistungsort kann abgesehen werden, wenn die Vornahme daselbst keinen Erfolg verspricht: in diesem Falle darf der Schuldner einen anderen geeigneten Ort wählen[49]. Die Versteigerung hat durch eine am Versteigerungsort dazu befugte oder öffentlich an-

---

nahmen in §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1150, 1171, 1224 BGB. In diesen Fällen erfolgt die Hinterlegung nach denselben Grundsätzen.

42) Gemeinrechtlich waren Sachen aller Art hinterlegbar. Heute wird auf dem weiter unten im Text bezeichneten Umweg in den meisten Fällen auch die Hinterlegung ermöglicht (wenn auch nur des Erlöses der Sache).

43) S. o. Bd. I §§ 62 u. 63.

44) Kostbarkeiten sind Sachen, deren hoher Werth in einem ungewöhnlichen Verhältniß zu ihrem Umfang steht. Daher nicht blos Juwelen, Gold- und Silbersachen, sondern unter Umständen auch Kunstgegenstände, Münzsammlungen, Autographen-, Briefmarkensammlungen 2c.

45) Im Handelsrecht (§ 373 Abs. 1 HGB.) ist der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen erweitert, weil eine Hinterlegung bei geeigneten dritten Personen zulässig ist.

46) Ohne Hinterlegung des Erlöses wird der Schuldner in keinem Falle befreit. Der Selbsthülfeverkauf bildet in den gegebenen Fällen nur einen Inzidentpunkt des Hinterlegungsverfahrens. Anders unter Umständen nach Handelsrecht. S. § 373 HGB. — Aus dem Gesichtspunkt nützlicher Geschäftsführung (s. u. §§ 254 ff.) kann allerdings auch nach Civilrecht ein alleiniger Verkauf des Leistungsgegenstandes zulässig sein. Doch ist dies kein Selbsthülfeverkauf in unserem Sinne, da er nicht im Interesse des Schuldners erfolgt.

47) Abgesehen davon wird also hier der Schuldner von seiner Aufbewahrungspflicht (oben Note 5) nicht befreit.

48) S. o. Note 19.

49) Dabei ist das Interesse des Gläubigers wahrzunehmen. Sonst ist die Hinterlegung als Schuldbefreiung unwirksam. Die Beobachtung der Hinterlegungsbedingungen hat im Streitfalle auch hier der Schuldner zu beweisen.

gestellte Person[50]) unter rechtzeitiger Bekanntgabe von Zeit und Ort und der Versteigerungsbedingungen, insbesondere der zu versteigernden Sachen zu erfolgen[51]). Haben letztere einen Börsen- oder Marktpreis, so darf der Schuldner den Verkauf auch freihändig zum laufenden Preise[52]) durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler[53]) oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person[54]) bewirken lassen[55]). § 385 BGB.[56]).

β. Der Selbsthülfeverkauf ist erst zulässig, nachdem er dem Gläubiger angedroht worden ist; es sei denn, daß die Androhung unthunlich[57]) oder die zu verkaufenden Sachen dem Verderben ausgesetzt und mit dem Aufschub des Verkaufes Gefahr verbunden ist[58]). § 384 Abs. 1 u. 3. Zwischen Androhung und Verkauf muß eine angemessene Frist liegen, sodaß der Gläubiger seine Rechte auf die zu veräußernden Gegenstände noch wahrnehmen kann[59]). Mangels Beobachtung dieser Vorschrift ist die Hinterlegung als Schuldbefreiung unwirksam. — Auch der vollzogene Verkauf ist dem Gläubiger unverzüglich anzuzeigen[60]), falls die Benachrichtigung nicht unthunlich ist[61]). Doch ist bei Versäumniß der Benachrichtigung die Hinterlegung nicht unwirksam, sondern der Schuldner nur dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet[62]). § 384 Abs. 2 u. 3.

---

50) Nach Landesrecht (vgl. Müller S. 456). Reichsrechtlich durch Gerichtsvollzieher und nach der Gew.O. öffentlich angestellte Versteigerer.

51) Nach näherer Anleitung des § 383 Abs. 2 u. 3 BGB.

52) D. i. zu dem am Tage des Verkaufes am Verkaufsort für Sachen der betreffenden Art erzielten Durchschnittspreise.

53) Vgl. u. § 272.

54) S. o. Note 50.

55) Nichtbeobachtung aller dieser Vorschriften sind Unwirksamkeitsgründe der Hinterlegung als Akt der Schuldbefreiung. Inwiefern sie im Uebrigen den Schuldner schadensersatzpflichtig machen, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (z. B. über zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung).

56) Kann der laufende Preis nicht erzielt werden, so müssen die Sachen zur öffentlichen Versteigerung gebracht werden. Daß der laufende Preis nicht erreicht sei, muß der Gläubiger beweisen. — Ueber den Fall, daß der Schuldner die versteigerten oder freihändig verkauften Gegenstände selbst ankauft, s. u. § 211 Note 37.

57) Wie oben Note 24.

58) Die letztgenannten beiden Voraussetzungen müssen zusammentreffen. Der Schuldner hat, wenn er die Androhung unterließ, das Vorhandensein dieser Umstände zu beweisen.

59) Dies liegt in dem Begriff der Androhung. Vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 293. — Bei Handelsfixgeschäften bedarf es nach deren Natur regelmäßig keiner Androhung. S. o. § 172 i. f.

60) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme (oben Bd. I §§ 72 Ziff. 1 i. f. u. 88), damit der Gläubiger nicht mehr auf den Empfang der verkauften Gegenstände rechnen kann. Ueber „unverzüglich" s. o. § 111 Note 19.

61) S. o. Note 24.

γ. Die Verkaufskosten werden als Kosten der gesammten Hinterlegung behandelt. § 386 jcto § 381 BGB.

§ 190.

2. Wirkungen der Hinterlegung.

Die Wirkungen der Hinterlegung sind nach ihrer dinglichen und obligatorischen Seite hin zu unterscheiden. Hinterlegt ist für den Gläubiger eine Sache. Die Sache soll in's Eigenthum des Gläubigers übergehen. Die Frage nach der dinglichen Wirkung der Hinterlegung ist die Frage nach diesem Eigenthumsübergang. Die Hinterlegung soll aber auch schuldbefreiend wirken. Die Frage nach der obligatorischen Wirkung der Hinterlegung beschäftigt sich mit der Befreiung des Schuldners. Beide Wirkungen gehen nicht Hand in Hand.

I. Wir haben gesehen, daß der Hinterlegungsvertrag des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle eine qualifizirte Verwahrung [1]) mit selbständiger Empfangsberechtigung des Gläubigers darstellt. Der Gläubiger kann folglich das Depot abheben [2]), soweit der Schuldner nicht inzwischen [3]) die hinterlegten Sachen wieder zurückgenommen hat. Das Rücknahmerecht erklärt sich formell aus dem Begriff des Verwahrungsvertrags [4]) und der allgemeinen Vorschrift des § 328 Abs. 2 BGB. [5]). Materiell erklärt es sich aus der dinglichen Seite des Verhältnisses. Die hinterlegten Werthe sollen in's Eigenthum des Gläubigers kommen. Thun sie dies nicht, so verfehlt die Hinterlegung ihren Hauptzweck. Der Eigenthumserwerb des Gläubigers setzt nun nach allgemeinen Grundsätzen [6]) einen Uebereignungsvertrag voraus, der, wenn die hinterlegten Sachen selbst (individuell) dem Gläubiger ausgeliefert werden sollen, zwischen dem Hinterleger und dem

62) Unter den allgemeinen Voraussetzungen (s. §§ 251 ff. BGB.) und nach dem Gesichtspunkt von Note 60.

1) S. § 688 BGB. Unten §§ 275 ff.

2) In Betreff des Verfahrens gilt Landesrecht. So insbesondere hinsichtlich des Nachweises der Empfangsberechtigung des Gläubigers. Art. 145 Abs. 1 EG.BGB. — Wenn übrigens das Landesrecht zustimmende Erklärung des Schuldners voraussetzt, so bestimmt § 380 BGB., daß der Gläubiger vom Schuldner die Abgabe dieser Erklärung geradeso verlangen kann, wie er sonst die geschuldete Leistung selbst fordern könnte.

3) Nach § 376 BGB. Darüber s. u. II bes. Ziff. 1.

4) Vgl. § 695 BGB.

5) S. o. § 189 Ziff II i. f.

6) S. §§ 929 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht.

Gläubiger (durch Abhebung des Depots) — andernfalls[7]) zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle (auf die inzwischen das Eigenthum am Hinterlegten übergegangen ist) geschlossen wird. Im letzteren Fall liegt dinglich in der bloßen Hinterlegung noch gar kein Rechtsakt gegenüber dem Gläubiger. Anders im ersteren Falle. Danach bestimmen sich die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

1. Bei individuell auszuliefernden Sachen liegt in der Hinterlegung dinglich ein Uebereignungsantrag an den Gläubiger, den dieser nur anzunehmen braucht, um den Eigenthumsübergang zu bewerkstelligen[8]). § 931 BGB. Bis dahin kann der Schuldner seinen Akt als einen einseitigen auch wieder zurücknehmen. § 376 Abs. 1[9]). Die allgemeine Antragsgebundenheit ist hier nicht durchzuführen[10]). Vielmehr erlischt das Widerrufsrecht der Hinterlegung für den Schuldner im Allgemeinen erst dann, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme des Depots erklärt, also den dinglichen Vertrag zu Stande bringt[11]). § 376 Ziff. 2. Der freiwilligen Annahme steht auch in dieser Hinsicht die erzwungene gleich, sofern der Gläubiger die Hinterlegung als eine rechtmäßige — schuldtilgende — nicht anerkennt[12]) und ein rechtskräftiges zwischen ihm und dem Schuldner ergehendes Urtheil die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. § 376 Ziff. 3.

Auf der anderen Seite kann der Schuldner bei der Hinterlegung

---

7) Im Fall das sog. depositum irregulare. S. o. § 189 bei Note 17. Hier erfolgt die Uebereignung nach § 929 BGB. einfach durch Uebergabe.

8) Wodurch das Eigenthum an den deponirten Sachen vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht. Dieser Vertrag bedarf nach § 931 BGB. keiner Form, insbesondere nicht körperlicher Uebergabe.

9) Dies bleibt von der in § 189 Note 27 erwähnten Ansicht richtig. Der Hinterlegungsakt erfolgt auch dinglich hier gegenüber dem Gläubiger. Durch die Benachrichtigungspflicht (§ 374 Abs. 2) ist für genügende Bekanntgabe an den Gläubiger gesorgt.

10) Vgl. Bd. I § 89 zu Note 10. Wie lange sollte diese Gebundenheit hier dauern? Um so mehr, als der Gläubiger meist schon säumig oder unbekannt ist, ihm auch der Hinterlegungsakt nach Maßgabe der vorigen Note nicht immer bekannt wird.

11) Auch für die Annahme wird diesenfalls keine direkte Erklärung an den Schuldner verlangt und sie ist nicht genügend. Dagegen genügt Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle. — Ohne Erklärung des Gläubigers aber kommt der dingliche Vertrag niemals zu Stande. Der Gläubiger kann nicht ohne Wissen und Willen Eigenthümer der hinterlegten Sachen werden. A. M. Hellwig S. 455 ff. Zustimmend Beer S. 116 ff.; Schollmeyer zu § 378 Note 3.

12) Gleichviel in welcher Form. Z. B. indem er auf Erfüllung oder auf Feststellung angeblicher Fortwirkungen des Schuldverhältnisses klagt. Oder wenn umgekehrt der Schuldner auf Feststellung ihres Erlöschens zu klagen genöthigt ist.

oder später wirksam auf das Recht der Rücknahme der hinterlegten Gegenstände verzichten, und zwar bindend[13]) durch Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle[14]). § 376 Ziff. 1 BGB. Ein solcher Verzicht liegt im Interesse des Schuldners wie des Gläubigers. Für letzteren eröffnet er ein definitives Recht auf die Hinterlegungsobjekte, das sich zum Eigenthum steigert, sobald er der Hinterlegungsstelle die Annahme des Depots erklärt[15]). Für den Schuldner beseitigt es die Gefahren, welche das Rücknahmerecht für ihn selbst in sich schließt. Denn ein noch nicht definitives Depot kann auch nicht schuldbefreiend wirken[16]), Bürgen und Pfänder für die Schuld sind nicht entlastet. Die schlimmste Wirkung des Rücknahmerechts für den Schuldner ist freilich jetzt durch positive Gesetzesvorschrift beseitigt. Das Rücknahmerecht steht nur dem Schuldner zu: dritte Personen, insbesondere dessen Gläubiger, können es zu ihrem Vortheil nicht ausüben[17]). § 377 BGB. Das Rücknahmerecht ist weder der Pfändung unterworfen[18]), noch fällt es im Konkurs des Schuldners in dessen Konkursmasse. Arg. § 1 Abs. 4 KO. Während der Dauer des Konkurses kann das Rücknahmerecht nicht einmal vom Schuldner selbst ausgeübt werden, um nicht den Gläubiger zu schädigen[19]). Umgekehrt kann der Schuldner auch noch während der Dauer des Konkursverfahrens auf das Rücknahmerecht verzichten[20]).

---

13) Umgekehrt wie sonst (§ 145 BGB.) ein Antragsteller die Gebundenheit aus seiner Offerte ausschließen kann.

14) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88). Annahme von Seiten der Hinterlegungsstelle ist nicht erforderlich.

15) S. o. Die Möglichkeit der Annahme kann ihm hier vom Schuldner nicht mehr entzogen werden. — Die Verzichtserklärung muß im Falle des § 75 CPO. erfolgen, jedoch steht die Hinterlegung unter der Voraussetzung, daß der streitige Betrag einem der beiden Gläubiger zugesprochen wird.

16) S. u. Ziff. II. Insofern schmälert das Rücknahmerecht den Kredit des Schuldners.

17) Wie dies aus allgemeinen Grundsätzen folgen würde, da die Gläubiger sich prinzipiell an das Vermögen ihres Schuldners und daher an sich auch an diese vermögensrechtliche Befugniß halten können. Zum Ausschluß dieser Wirkung braucht der Schuldner heutzutage nicht mehr auf das Rücknahmerecht zu verzichten. — Ueber die Wirkung der Unpfändbarkeit zu Gunsten der Bürgen und Gesammtschuldner s. Kohler, Archiv S. 222. Dagegen Müller S. 500.

18) Ein Abtretungsverbot (§ 400 BGB.) wird daraus nicht zu folgern sein, da das Pfändungsverbot (im Sinne des § 135 BGB.) nur den Schutz des Schuldners bezweckt. S. auch Hellwig S. 461 ff., Dernburg § 123 Note 8. Die Gläubiger werden durch die Abtretung auch nicht geschädigt; im Gegentheil sind die erlangten Gegenwerthe für sie jetzt pfändbar.

19) Hier hätte der Schuldner selbst von der Rücknahme keinen Vortheil, denn die zurückgenommenen Gegenstände würden doch nur in die Konkursmasse fallen. Durch Abtretung des Anspruchs kann selbstverständlich dieses Ergebniß nicht modifizirt werden. — Eine andere Frage ist, ob die Hinterlegung selbst anfechtbar ist (s. o. §§ 184 ff.).

Dagegen verliert der Gläubiger das Recht auf Abhebung des Depots durch Annahme anderweitiger Befriedigung, durch Verzicht[21]), sowie durch Ablauf von 30 Jahren seit der Hinterlegung resp. Empfang der bezüglichen Anzeige[22]). In diesem Falle kann der Schuldner das Hinterlegte zurücknehmen, auch wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet hatte. § 382 BGB.[23]). Auch die Gläubiger des Schuldners können folgerecht von jetzt ab das Hinterlegte pfänden und zur Konkursmasse des Schuldners ziehen[24]).

2. Sollten die hinterlegten Sachen in's Eigenthum der Hinterlegungsstelle übergehen, so liegt in dem Vertrag des Schuldners mit dieser über die Verwahrung nicht einmal ein Uebereignungsantrag gegenüber dem Gläubiger. Folgerecht besteht die Rücknahmebefugniß des Hinterlegenden auch hier. Verzicht darauf ist nach den gleichen Grundsätzen zulässig[25]). Das Pfändungsverbot ꝛc. im Sinne des § 377 trifft hier nur einen Anspruch des Schuldners auf Rückleistung von Sachen gleicher Art und Zahl. Der Gläubiger erwirbt Eigenthum erst durch die Uebergabe bestimmter Stücke seitens der Hinterlegungsstelle[26]).

II. Die obligatorische Seite der Hinterlegung ist ihre schuldtilgende Funktion. Es fragt sich, inwiefern durch sie das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältniß aufgehoben wird. Die ältere Ansicht nahm mit der rechtmäßigen Hinterlegung unmittelbar

---

20) Uebrigens setzt die Anwendbarkeit aller dieser Regeln voraus, daß die Hinterlegung als Akt der Schuldbefreiung (Ziff. II) wirksam ist. S. o. § 189.

21) Hierin liegt eine Zurückweisung der aus der Hinterlegung erlangten Rechte im Sinne des § 333 BGB. Es ist unzutreffend, wenn Hellwig S. 448 eine solche Zurückweisung in diesem Falle nicht gelten lassen will. Zustimmend Dernburg § 123 III Ziff. 3; Beer S. 128 ff. Dem Verzicht kann ein unentgeltlicher Erlaß der Forderung zu Grunde liegen.

22) S. o. § 189 Note 23 ff. War die Hinterlegung nicht angezeigt, so kann die Frist nicht laufen. Vgl. Hellwig S. 452, Müller S. 484. Die Landesgesetze verlangen daher bei der Hinterlegung meist den Nachweis der erfolgten Benachrichtigung des Gläubigers und schreiben vor, daß die Hinterlegungsstelle sie eventuell selbst bewirken solle.

23) Will er wegen anderweitiger Befriedigung oder Verzicht des Gläubigers zurücknehmen, so muß er freilich, falls die 30 Jahre noch nicht abgelaufen sind, der Hinterlegungsstelle eine Einwilligungserklärung des Gläubigers im Sinne der Note 21 vorlegen. Er kann aber auf diese klagen und sie im Wege des § 894 CPO. erzwingen. — Für den Fall, daß der Gläubiger inzwischen das Depot noch abheben wollte, s. Kohler, Archiv S. 227, anderseits Oertmann § 379 Note 4.

24) Vgl. hierzu noch Schollmeyer § 377 Note 2; Dernburg § 123 Ziff. VIII.

25) S. §§ 328 Abs. 2, 376 BGB.

26) Tradition! S. o. Note 7.

ein Erlöschen des Schuldverhältnisses an[27]). Heutzutage wird zweckmäßiger zwischen den Wirkungen der widerruflichen und unwiderruflichen Hinterlegung[28]) unterschieden[29]).

1. Solange die Hinterlegung noch widerruflich ist, ist ihr schuldtilgender Effekt noch in der Schwebe. Es kann zur Abhebung des Depots durch den Gläubiger und damit zur Schuldtilgung kommen; es kann auch sein, daß der Schuldner die hinterlegten Sachen vorher noch wieder zurücknimmt. In diesem Falle gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt. Wie sich dies dinglich von selbst versteht[30]), so soll es auch obligatorisch, also in Ansehung der schuldtilgenden Funktion der Hinterlegung gelten. § 379 Abs. 3. Die widerrufliche Hinterlegung hat daher nur die Wirkung, daß der Schuldner den Gläubiger, wenn er fordert, auf das Hinterlegte verweisen darf. § 379 Abs. 1. Die Hinterlegung erzeugt, solange sie dauert, eine Einrede gegen das Schuldverhältniß[31]). Der Schuldner ist also noch nicht befreit, aber er darf dem Gläubiger das Ansinnen stellen, sich vorzugsweise aus den hinterlegten Gegenständen zu befriedigen. In Folge der Einrede[32]) kann der Gläubiger auch nicht die Sicherheiten der Forderung angreifen[33]). Insbesondere aber trägt er, solange hinterlegt ist, die Gefahr[34]), muß also seine etwaige Gegenleistung bewirken,

27) Obwohl das röm. Recht Zweifel ließ. Entscheidend war die Auslegung des l. 9 Cod. de solut. 8, 42. S. dazu Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 581, Ulrich S. 64, Beer S. 119 ff. u. Cit. Der I. Entwurf des BGB folgte der älteren Ansicht, die sich im Fall der Rücknahme des Depots seitens des Schuldners natürlich genöthigt sieht, ein Wiederaufleben der Forderung anzunehmen, wobei dann wieder Meinungsverschiedenheiten bestanden, ob dies mit oder ohne die mit der Forderung verbundenen Sicherungsrechte (Pfand, Bürgschaft) der Fall sei. Der I. Entwurf nahm auch deren Wiederaufleben an. Er bewegte sich dadurch vollkommen in Fiktionen.

28) S. o. Ziff. I.

29) Zwar behauptet Kohler, Archiv S. 114 ff., daß das Gesetz noch heute der in Note 27 erwähnten Konstruktion folge, wenn auch die Fassung geändert sei. Dies ist zu verneinen. Es stimmt weder mit dem Wortlaut und sachlichen Inhalt der §§ 378, 379 BGB., noch mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wo im weiteren Verlauf gerade die Konstruktion geändert wurde. Vgl Beer S. 123 ff.

30) S. o. Note 9 ff., sowie vor Note 25.

31) Also die Hinterlegung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen. Der Schuldner muß sich darauf berufen.

32) Solange sie besteht, also das Hinterlegte nicht zurückgenommen worden ist.

33) Vgl. § 768 BGB. Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Aehnlich § 1137 eod. — Pfandverkauf kann ebensowenig stattfinden. S. dazu übrigens Kohler, Arch. S. 215 u. unten Note 37.

34) Das sog. periculum obligationis (s. o. § 168 zu Note 13). Von dem periculum rei ist in § 379 Abs. 2 BGB. natürlich nicht die Rede; es ist selbstverständlich, daß die Sache ihrem Eigenthümer untergeht. Trotzdem reden Manche (z. B. Cosack § 110 Ziff. 5) einfach von „Gefahr der Sachen“.

trotzdem das Hinterlegte zufällig untergeht oder verschlechtert wird[35]). Auch kann der Gläubiger fortan weder Zinsen seiner Forderung noch Ersatz für nicht gezogene Nutzungen der zu leistenden Gegenstände beanspruchen[36]). § 379 Abs. 2.

Macht anderseits der Schuldner von seinem Rücknahmerecht Gebrauch, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt. Abs. 3. D. h. die Einrede gegen die Forderung fällt weg, wie wenn sie niemals bestanden hätte. Der ganze Akt der Hinterlegung ist durch den Schuldner selbst negirt worden: er kommt als schuldbefreiender in keiner Hinsicht mehr in Betracht[37]). In Folge dessen muß z. B. der Schuldner auch die Zinsen der Zwischenzeit[38]) bezahlen, Bürgen und Pfänder bleiben auch für die Zwischenzeit verhaftet[39]), und der Schuldner hat alle durch die Hinterlegung verursachten Kosten zu tragen[40]). §§ 381, 386 BGB. Nur der Effekt eines stattgefundenen Selbsthülfeverkaufs ist selbstverständlich nicht rückgängig zu machen[41]).

2. Anders gestaltet sich die Rechtslage, sobald das Rücknahmerecht des Schuldners nach § 376 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Hier sind die hinterlegten Sachen dem Gläubiger in denkbar schärfster Weise zur Verfügung gestellt — der Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners entrückt. Und zwar sind sie in dieser Lage nicht erst von der Zeit

35) Der Schuldner wird in solchem Fall die Hinterlegung selbstredend nicht zurücknehmen. Dem Gläubiger bleibt dann nichts übrig, als die hinterlegten Sachen zu nehmen wie sie sind, widrigenfalls er gar nichts erhält.

36) Je nachdem solche nach Inhalt des Schuldverhältnisses mit der Sache herauszugeben waren.

37) Man pflegt auch zu sagen, die Rücknahme der Hinterlegung wirke ex tunc. In dieser Rückwirkung liegt nach dem Gesagten aber keine Fiktion. — Die Rückwirkung wird bestritten von Kohler, Archiv S. 215 (in Zusammenhang mit seiner oben besprochenen abweichenden Auffassung der Hinterlegungswirkungen), von Anderen mit Rücksicht auf § 2143. Dagegen Dernburg § 123 Note 9; Müller S. 513 ff.; Beer S. 124; Oertmann § 379 Note 3; Schollmeyer eod. Note 2 u. A.

38) Während der Zeit der Deposition. — Uebrigens ist zu beachten, daß, sofern gleichzeitig die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (oben §§ 163 ff.) vorliegen, dessen Wirkungen durch die erfolgte Rücknahme der Hinterlegung nicht berührt werden. Folglich bleibt dann z. B. (nach §§ 301, 302 BGB.) der Zinsenlauf sistirt, die Herausgabepflicht der Nutzungen auf die wirklich gezogenen beschränkt, die Gefahr nach § 324 Abs. 2 beim Gläubiger.

39) Praktische Folge z. B. ist, daß, wenn der Bürge in der Zwischenzeit in Konkurs gefallen und im Konkurs ein Zwangsvergleich geschlossen worden ist, der Gläubiger jetzt dem Bürgen gegenüber an den Zwangsvergleich gebunden ist. S. auch Beer S. 126.

40) Im Gegensatze gegen sonst, wo sie dem Gläubiger zur Last fallen. § 381 BGB.

41) An Stelle der unmöglich gewordenen geschuldeten Leistung ist die entsprechende Geldleistung (Erlös) getreten. Ob daneben noch Schadensersatz geschuldet wird, ist eine andere Frage. S. o. § 189 i. f.

an, da die Hinterlegung unwiderruflich wurde, sondern schon von der Zeit an, da sie geschah. Denn schon für diese Zeit hat der Schuldner von dem ihm damals zustehenden Verfügungsrecht keinen Gebrauch gemacht, die Sachen zur Verfügung des Gläubigers gehalten; und dieser Zustand ist nunmehr unwiderruflich bekräftigt. Folglich muß die intensivere Wirkung, welche die unwiderrufliche Hinterlegung überhaupt hat, rückwärts vom Hinterlegungszeitpunkt ab datiren[42]).

Die Wirkung ist, daß durch die Hinterlegung der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wie wenn er im Hinterlegungszeitpunkt an den Gläubiger geleistet hätte. § 378 BGB. Die Hinterlegung steht also der Erfüllung gleich[43]). Die Befreiung des Schuldners ist unabhängig davon, daß der Gläubiger die Hinterlegung annimmt[44]) und dadurch die hinterlegten Sachen in sein Eigenthum bringt (Ziff. I). Die Schuldbefreiung tritt selbst dann ein, wenn der Gläubiger die (rechtmäßige) Hinterlegung zurückweist. Bürgen und Pfänder werden entlastet.

Inwiefern der Schuldner das vom Gläubiger definitiv zurückgewiesene oder 30 Jahre (seit Empfangsanzeige) nicht abgehobene Depot auch in diesem Falle zurücknehmen kann, ist schon erwähnt[45]). Ein Wiederaufleben der Forderung tritt dadurch nicht ein[46]).

D. Aufrechnung*.

§ 191.

1. Begriff und Vollzug der Aufrechnung.

Aufrechnung ist wechselseitige Tilgung gegenüberstehender Forderungsrechte durch Aufwägung eines jeden derselben mit

42) Also auch in dieser Rückwirkung liegt keine Fiktion. — Ueber den Zeitpunkt der Hinterlegung s. o. § 189 Ziff. II, insbesondere im Fall der Uebersendung der Gegenstände durch die Post, daselbst zu Note 22.

43) S. o. § 182. Selbstverständlich ist eine rechtmäßige Hinterlegung (im Sinne unseres vorigen Paragraphen) vorausgesetzt. — War das Hinterlegte unvollständig (eine Theilleistung), so kann der Gläubiger diese Hinterlegung annehmen, in welchem Fall sie auch als theilweise Erfüllung wirkt.

44) Ueber das Recht des Gläubigers auf Legitimation zur Abhebung des Depots im Sinne des § 380 BGB. s. schon oben Note 2.

45) S. o. Note 23 ff.

46) Ebensowenig entsteht ein Bereicherungsanspruch des ehemaligen Gläubigers, dessen Forderung erloschen ist.

*) Vgl. Dernburg, Geschichte u. Theorie der Kompensation (2. Aufl. 1868); Schwanert, Die Kompensation nach röm. Recht (1870); Eisele, Die Kompensation (1876); Lippmann, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 32 S. 157; Fr. Leonhard, Die Aufrechnung (1896); Kohler in d. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 20 u. 24

dem anderen. Der Zweck ist Tilgung der beiderseitigen Schulden [1]) in dem Betrage, in welchem sie sich gleichkommen. Also regelmäßig in Höhe der geringeren Forderung [2]). Zwar erhält der Gläubiger hier streng genommen nicht das, was er zu fordern hat, aber er erhält ein Surrogat in dem, was er dem Gegner leisten müßte und in Folge Tilgung der eigenen Schuld nunmehr behält. Daher setzt die Aufrechnung eine Gleichartigkeit des Gegenstandes der beiden Schuldverhältnisse voraus. § 387 BGB.

Die Aufrechnung ist Surrogat der Erfüllung in gewissen Fällen, — nicht ist sie selbst Erfüllung oder eine Art der Erfüllung. Wer aufrechnet, zahlt weder mit seiner Forderung [3]), noch gibt er seinem Gegner Anweisung, seine Gegenforderung an sich selbst zu bezahlen [4]). Wäre letzteres richtig, so würde die Aufrechnung unmöglich sein, wo eine solche Anweisung nicht stattfinden kann. Es wäre nicht zu erklären, weshalb die Aufrechnung in neuerer Zeit in steigendem Maß von der Gesetzgebung da ausgeschlossen wird, wo die Erfüllung statthaft ist [5]). Erfüllung und Aufrechnung sind inhaltlich verschiedene Vorgänge: die Aufrechnung vermeidet die Erfüllung, wenn wirthschaftlich durch sie doch nur ein gleichwerthes Ergebniß herauskäme [6]). Der Vergleichspunkt beider Vorgänge liegt auf wirthschaftlichem Gebiet [7]).

S. 1; Weismann eod. Bd. 26 S. 1; Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899); Götte, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 164; Lippmann in Jhering's Jahrb. Bd. 43 S. 435. — Stammler S. 240; Dernburg §§ 124—129; Endemann I §§ 144—147; Cosack § 111; Mathiaß I § 95; Enneccerus I §§ 214—216; Kipp zu Windscheid, Pand. II §§ 349 ff.

1) Durch diesen Zweck unterscheidet sich die Aufrechnung z. B. vom Zurückbehaltungsrecht (Bd. I § 124) und überhaupt von den bloßen Mitteln des Rechtsschutzes.

2) Die Aufrechnung bezieht sich auch auf dingliche Ansprüche, sofern bei diesen nur die unten zu besprechenden Voraussetzungen vorliegen. Die Fassung des § 387 BGB.: „schulden zwei Personen einander Leistungen" läßt darüber keinen Zweifel. Vgl. Bd. I § 35 zu Note 9. Der Grund der Leistungspflicht ist für die Aufrechnung regelmäßig gleichgültig. Die Aufrechnung dinglicher Ansprüche wird hier nicht weiter erwähnt.

3) Im Sinne dieser Lehre wird Forderung regelmäßig diejenige genannt, welche aufgerechnet wird (d. i. diejenige, deren Gläubiger der aufrechnende Theil ist), — Gegenforderung diejenige, gegen welche aufgerechnet wird (also in welcher der aufrechnende Theil als Schuldner steht). Die Ausdrücke Forderung und Gegenforderung sind hier nicht in dem Sinne wie bei gegenseitigen Verträgen zu verstehen.

4) S. dazu Kohler a. a. O. S. 9.

5) So in § 394 BGB., § 221 HGB.

6) Dazu tritt der ethische Gesichtspunkt: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. S. Dernburg § 124 Ziff. I.

7) Geschichtlich hat sich die Aufrechnung im späteren röm. Recht Bahn gebrochen, und zwar im Prozesse. Hier erlangte der Beklagte das Recht (bei

I. Die Aufrechnung kann auf einem Vertrage beruhen: aber dies ist nicht der eigentliche uns hier beschäftigende Fall. Vielmehr besteht unter gewissen Voraussetzungen ein eigenartiges Recht jeder Partei, die Aufrechnung der gegenüberstehenden Forderungen selbst gegen den Willen des anderen Theils herbeizuführen. Dieses Recht der Aufrechnung soll im Folgenden besprochen werden: der Aufrechnungsvertrag ist davon unabhängig[8]). Sein Inhalt richtet sich nach der übereinstimmenden Festsetzung der Parteien; im Uebrigen nach dem allgemeinen Inhalt der Verträge. Und zwar regelmäßig der gegenseitigen Verträge. Bestand also z. B. eine Forderung nicht, die durch den Vertrag gegen die andere aufgewogen werden sollte, so ist der Vertrag nichtig resp. nicht erfüllbar, und es wird daher auch die Aufhebung der Gegenforderung nicht eintreten[9]). Kurzum, die Aufrechnung ist von der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages abhängig.

So wenigstens unter den Parteien[10]). Gegenüber Dritten kann in dem Vorgang, der als Aufrechnungsvertrag unwirksam ist, ein Akt (der einen oder anderen Partei) enthalten sein, der für sich die Voraussetzungen der einseitigen (gesetzlichen) Aufrechnung erfüllt[11]). Ist dies der Fall, so muß er als solche wirken[12]).

Umgekehrt wird die gesetzliche Aufrechnung da, wo sie an sich zulässig ist, nicht selten durch einen Vertrag der beiden Gläu-

---

den sog. bonae fidei judiciis ohne Weiteres, bei iud. stricti iuris auf Grund einer exceptio doli) Gegenforderungen gewisser Art zur Aufrechnung vorzuschützen. Darin lag also nach röm. Vorstellung eine Einrede. Ueber die Umwandlung des Gesichtspunkts im heutigen Recht und über die Befreiung des Instituts von den prozessualen Schranken s. u. Ziff. II. (Daß die Aufrechnung ipso iure wirke in dem Sinne, daß die beiden gegenüberstehenden Forderungen sich, wenn sie sonst zur Aufrechnung geeignet waren, gegenseitig von selbst aufzehrten, war ein Irrthum des Glossators Martinus, der schon im gemeinen deutschen Rechte wieder aufgegeben wurde. Doch drang er in einige Partikularrechte ein.) Vgl. Dernburg, Geschichte der Kompensation, bes. S. 67 ff., 284 ff.

8) Z. B. kann ein solcher Vertrag ganz ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen abgeschlossen werden. Desgleichen unter den verschiedensten Bedingungen 2c.

9) Aehnlich kann es aus allgemeinen Grundsätzen in anderer Art zu einer Aufhebung oder Rückgängigmachung des Vertrages kommen. S. zum Folgenden insbesondere Kohler S. 30 ff.

10) Und beim Mangel der gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen (s. o. Note 8).

11) Hauptfall ist, daß der eine Vertragstheil wegen Irrthums, Betrugs in seiner Erklärung anfechten kann. Dadurch bringt er den Vertrag als solchen zu Falle; aber die von dem Anfechtungsgrunde nicht beeinflußte Erklärung des Gegners kann unter Umständen als Aufrechnungserklärung im Sinne des § 388 BGB. (s. u. Ziff. II) wirken.

12) Also z. B. Bürgen, Pfandschuldner sind befreit, auch wenn die sonstigen Vertragswirkungen nicht eintreten. Arg. § 389 BGB.

biger ausgeschlossen[13]). Dies hat guten Sinn. Denn häufig ist es einer Partei wirthschaftlich nicht gleich, ob sie Baarmittel in die Hände bekommt oder blos von einer Forderung befreit wird.

II. Im Gegensatz zu allen diesen Abreden besteht das gesetzliche Recht der Aufrechnung darin, daß beim Gegenüberstehen zweier Forderungsrechte auf gleichartige Leistungen keine Partei die andere zur Leistung nöthigen, keine auch von der anderen zur Leistung gezwungen werden kann, — daß vielmehr jede Partei sich die Befriedigung im Wege der Aufrechnung gefallen lassen muß.

Die Aufrechnung geschieht aber heute[14]) einfach durch Erklärung des aufrechnenden Theils gegenüber dem anderen Theile. § 388 BGB. Die Erklärung ist unwiderruflich. Sie ist einseitiges Rechtsgeschäft[15]) und muß unbedingt und unbefristet geschehen. — Solange die Aufrechnung also noch nicht erklärt ist, tritt sie mit ein; beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen besteht nur eine Befugniß, sie durch die Erklärung herbeizuführen. Die Wirkung ist alsdann, daß die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, als mit dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie sich, abgesehen von der Erklärung, als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[16]). § 389. Darin liegt, daß die Aufrechnung nach unserem Gesetz niemals eine Einrede erzeugen kann[17]): vor der Aufrechnungserklärung nicht, weil sich bis dahin noch beide Forderungen gegenüberstehen und bis zum Verfolg der Erklärung in ihrem Bestande nicht beeinflussen[18]); nach der Aufrechnungserklärung nicht, weil durch sie unmittelbar die Forderungen bis zum Betrag der minderen auf-

13) Pactum de non compensando. Sein Abschluß kann unter Umständen im Versprechen der Baarzahlung liegen. S. auch § 391 Abs. 2 BGB. Auf einem Vertrage dieser Art beruht auch das Kontokurrentverhältniß.

14) Unter Befreiung von allen prozessualen Banden. S. o. Note 7. Das heißt nicht, daß die Aufrechnung nicht auch im Prozesse zulässig wäre. Ueber die prozessualische Aufrechnung s. u. § 194.

15) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Auf den Wortlaut kommt es nicht an. S. das. § 86. — Anfechtung wie bei Rechtsgeschäften überhaupt.

16) Dies war schon (im Gegensatz zu Note 7 i. f.) der Standpunkt des Glossators Azo. Bartolus und Baldus (ad l. 4 Dig. de comp.) befreiten die Aufrechnung sogar schon von dem Momente der gerichtlichen Vorschützung, sodaß das heutige Recht nur an die Auffassung dieser Männer wieder anknüpft, die in der späteren Zeit bis zur Unkenntlichkeit verdunkelt wurde. — Ueber das Detail s. u. § 193.

17) Wie nach gemeinem Recht. S. o. Note 7.

18) Jedenfalls nicht in der Weise, daß ein selbständiges Leistungsweigerungsrecht (Bd. I § 36) deswegen bestände. — Ueber den Einfluß der „Aufrechenbarkeit“ s. im Uebrigen unten § 193 Ziff. I.

gehoben werden, also nicht blos ein Weigerungsrecht der Leistung entsteht[19]).

Hat der eine oder andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen[20]), so bestimmt die Aufrechnungserklärung zugleich die Forderung, mit welcher und gegen welche aufgerechnet werden soll. Dabei kann der Erklärende hinsichtlich der ihm selbst zustehenden mehreren Forderungen die aufzurechnende im Allgemeinen frei auswählen[21]). Hinsichtlich der dem Gegner zustehenden Forderungen liegt es nahe, dieselben Regeln wie bei der Zahlung auf mehrere Forderungen entscheiden zu lassen[22]). Doch steht die Aufrechnung auch hier nicht unbedingt der Erfüllung gleich. Vielmehr kann die in der Aufrechnungserklärung liegende Bestimmung der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, nicht willkürlich dem Gegner aufgedrungen werden. Letzterer hat gegen die Bestimmung ein unverzügliches[23]) Widerspruchsrecht. Wird davon kein Gebrauch gemacht, so bleibt es bei der vom Aufrechnenden getroffenen Bestimmung. Widerspricht dagegen der andere Theil rechtzeitig der Aufrechnungsbestimmung, so wird die Bestimmung wirkungslos, die Aufrechnungserklärung als solche bleibt bestehen[24]). Die Sache liegt also geradeso, wie wenn die Aufrechnungserklärung ohne Bestimmung erfolgt wäre. D. h. es gelten dieselben Regeln, wie wenn eine effektive Leistung ohne Bestimmung der zu tilgenden Forderungen erfolgt wäre[25]). § 396 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2.

---

19) Wird die erfolgte Aufrechnung vom Beklagten im Prozesse geltend gemacht, so geschieht dies durch eine sog. rechtsverneinende Einwendung (Bd. I § 126 zu Note 7).

20) Vgl. Deichmann in d. Beitr. z. Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 257, 562; v. Seeler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 15 S. 104; J. Goldschmidt das. S. 153.

21) Die Wahlerklärung liegt in der Aufrechnungserklärung. Läßt sich nicht erkennen, welche seiner Forderungen der Erklärende zur Aufrechnung bringen will, so liegt ein Mangel der Erklärung vor, der sie unwirksam macht, wenn die Auslegung kein Resultat liefert. Oertmann § 396 Note 3 will hier die Reihenfolge des § 366 BGB. entscheiden lassen. Wie hier Dernburg § 129.

22) S. o. § 182 Ziff. 4.

23) Vgl. Bd. I § 111 Note 19.

24) Nach dem Satze: utile per inutile non vitiatur. S. o. Bd. I § 80 zu Note 19.

25) S. o. § 182 Ziff. 4 zu Note 53—60. Eine dem § 367 BGB. nicht entsprechende Aufrechnungsbestimmung kann der andere Theil sogar noch später (nicht unverzüglich) zurückweisen.

§ 192.

2. Voraussetzungen. Aufrechenbarkeit.

Die Aufrechnungserklärung ist nur dann wirksam, wenn zur Zeit ihrer Vornahme mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen einander gegenüberstehen [1]). Dieser Zustand setzt voraus:

1. Es müssen gleichartige Forderungen vorliegen, d. h. sie müssen auf gleichartige Leistungen gehen. § 387 BGB. Gleichartig sind Geldforderungen; aber auch Forderungen auf Getreide, Werthpapiere derselben oder ähnlicher Art [2]). Die Gleichartigkeit muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen, — ob der Schuldinhalt von Anfang an gleichartig war, ist unerheblich. Z. B. die Forderung verwandelt sich in eine solche auf Geldersatz [3]). Doch besteht die Aufrechenbarkeit erst von der Gleichartigkeit der Forderungen an [4]). Der Schuldgrund kommt für die Frage der Gleichartigkeit nicht in Betracht.

Dagegen gehört der Leistungsort im Allgemeinen mit zu dem Inhalt der geschuldeten Leistung [5]); doch bildet eine Verschiedenheit des Leistungsorts [6]) der beiden Forderungen der Regel nach kein Hinderniß der Aufrechnung (weil diese sonst zu sehr eingeschränkt würde). Der Aufrechnende hat nur dem Gegner den auf der Ortsdifferenz beruhenden Schaden [7]) und überhaupt den ganzen Nachtheil zu ersetzen, den der Gegner durch die Nichtleistung am festgesetzten Orte [8]) erleidet [9]).

---

1) Die Aufrechenbarkeit muß zur Zeit der Erklärung vorhanden sein. Denn Bedingung und Zeittermin sind bei der Erklärung ausgeschlossen. § 388 BGB. Der Zustand der Aufrechenbarkeit ist, mangels besonderer Bemerkung, nur vorhanden, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen in Ansehung beider Forderungen vorliegen. S. dazu besonders bei Note 36 ff.

2) Uebrigens ist zuzusehen, was in concreto geschuldet wird: ob die vertretbaren Sachen selbst, oder nur scheinbar diese, in Wirklichkeit jedoch etwas anderes, z. B. ein Thun des Schuldners. Bei Verträgen auf Rückgabe (Darlehen) entsteht die Aufrechnungsbefugniß erst nach Hingabe der Valuta. Vorher liegt kein Geldanspruch, sondern nur eventuell ein Anspruch auf Darlehensbestellung (aus dem pactum de mutuo dando) vor.

3) Oder eine Schuld verwandelt sich durch rechtmäßigen Selbsthülfeverkauf des Schuldners in eine Geldschuld. Bei Wahlschulden hängt die Frage der Gleichartigkeit eventuell von der auszuübenden Wahl des dazu Berechtigten ab.

4) Vgl. o. § 191 zu Note 16 ff. Denn erst von da ab kann von einer Zurückdatirung des Effekts die Rede sein.

5) S. o. § 155.

6) Um so weniger eine Verschiedenheit des Ablieferungsorts. Vgl. zum Folgenden schon l. 5 Dig. de comp. 16, 2.

7) Also z. B. die Transportkosten der Hinschaffung der am Erfüllungsort benöthigten Waare, oder der vom Gegner selbst zu leistenden, bereits an die Ablieferungsstelle verbrachten eigenen Waaren u. dgl.

8) Z. B. er hatte die benöthigten Waaren am Ablieferungsort weiter verkauft und muß sie sich daselbst nun zu höherem Preise anschaffen, um seinerseits

§ 391 Abs. 1 BGB. Ist der Ablieferungsort nach Inhalt des Schuldverhältnisses so wesentlich, daß Leistung an einem anderen Ort nicht als Erfüllung angesehen werden kann, so ist die Aufrechnung mit einer an anderem Orte fälligen Forderung unzulässig. Dies wird im Zweifel angenommen, wenn außer dem Orte auch der Zeitpunkt der Leistung genau bestimmt ist[10]). § 391 Abs. 2. Wer sich die Leistung fix an einem bestimmten Orte bedungen hat, hat sie sich regelmäßig auch baar bedungen. Ihm ist mit Aufrechnung nicht gedient[11]).

2. Abgesehen davon würde eine Verschiedenheit der Leistungszeit in beiden Forderungsrechten der Aufrechnung nicht entgegenstehen[12]). Doch kann jedenfalls nur eine fällige Forderung aufgerechnet werden. Denn sowenig ein Gläubiger vor der Fälligkeit Erfüllung verlangen kann, darf er sich durch Aufrechnung befriedigen. Dagegen kann ein Schuldner regelmäßig vor der Fälligkeit leisten: folglich kann der selbst Forderungsberechtigte auch mit einer noch nicht fälligen Gegenforderung aufrechnen, sofern er selbst leisten darf[13]). § 387 i. f.

3. Es müssen zwei selbständige Forderungsrechte[14]) derselben Personen in umgekehrter Parteirolle vorliegen. Selbständige Forderungsrechte sind nicht die gegenseitigen Ansprüche aus einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß, z. B. einer Geschäftsführung (Vermögensverwaltung u. dgl.), wo von vornherein nur ein Theil den nach Abzug der Unkosten 2c. sich ergebenden Ueberschuß zu fordern hat[15]). Die Aufrechnungsregeln[16]) sind darauf nicht anwendbar.

4. Der Gläubiger des einen der gegenüberstehenden Forderungsrechte muß Schuldner des anderen sein und umgekehrt.

---

noch rechtzeitig erfüllen zu können. Oder er kann dies überhaupt nicht mehr und verfällt deshalb in eine Vertragsstrafe.

9) Vorbehaltlich der allgemeinen Grenzen der Schadensersatzpflicht, s. o. § 151 u. Bd. I §§ 108 u. 111.

10) S. o. § 156 Ziff. III. Wer hier dennoch aufrechnet, muß die gesetzliche Auslegungsregel durch Gegenbeweis bekämpfen. Andernfalls ist er für die Nichtlieferung verantwortlich. — Die Frage nach der Aufrechnung etwaigen Schadensersatzes ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten.

11) Vgl. § 191 Ziff. I gegen Ende.

12) Nach § 156 oben.

13) Gemäß den Ausführungen in § 156. Hier hat er, nicht aber der Gegner das Kompensationsrecht.

14) Von dem Fall mehrerer aufrechenbarer Forderungen auf jeder Seite ist hier nicht weiter die Rede. Die für die Aufrechnung in Betracht kommenden jedesmaligen beiden Forderungen ergeben sich aus den Ausführungen oben § 191 i. f.

15) S. auch oben § 181 Note 1.

16) Z. B. die Nothwendigkeit einer Aufrechnungserklärung. S. auch Weismann a. a. O. S. 5.

Erblasser und Erbe gelten dabei als eine und dieselbe Person[17]. Bei Sonderrechtsnachfolge in die Parteirollen des einen Schuldverhältnisses ist die Aufrechnung ebenfalls gestattet, jedoch im Zusammenhang mit den Grundsätzen jener Rechtsnachfolge beschränkt. Vgl. § 406 BGB. Davon wird später die Rede sein[18].

In dem Gesagten liegt:

a) Der Schuldner kann nur mit einer ihm selbst zustehenden Forderung aufrechnen, nicht mit der Forderung eines Dritten. Z. B. ein Gesammtschuldner nicht mit der Forderung eines anderen Gesammtschuldners (§ 422 Abs. 2), der Bürge und dritte Pfandbesitzer nicht mit einer Forderung des Hauptschuldners wider den Gläubiger (Bürge und Pfandbesitzer können nach §§ 770 Abs. 2, 1137, 1211 BGB. den fordernden Gläubiger nur im Wege der Einrede auf seine Kompensationsbefugniß verweisen).

b) Der Schuldner kann nur eine Forderung aufrechnen, die ihm gegen seinen Gläubiger zusteht. Z. B. der Schuldner kann dem einen Gesammtgläubiger nicht aufrechnen, was er von einem anderen Gesammtgläubiger (§ 429 Abs. 3), — dem Kommissionär nicht, was er von dem Kommittenten zu fordern hat[19].

c) Endlich kann auch nicht ein Dritter — der für den Schuldner leisten könnte — mit einer ihm selbst wider den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen[20]. Anders nur, wo dem Dritten in seinem eigenen Interesse die Befugniß zusteht, den Gläubiger zu befriedigen. §§ 268, 1142 Abs. 2 (1192, 1200), 1224, 1249 BGB. Dies kann auch durch Aufrechnung geschehen.

5. Um aufrechnen zu können, muß der Schuldner volle Verfügungsfreiheit über seine Forderung besitzen[21]. Daher können gegen die Gesellschaftsforderungen keine Schulden eines einzelnen Gesellschafters aufgerechnet werden (vgl. § 719 Abs. 2)[22], gegen Erbschaftsforderungen keine Schulden eines einzelnen Miterben (§ 2040), oder des

17) Vgl. l. 18 pr. § 1 Dig. 16, 2 etc. und ähnlich oben § 130 vor Note 35.

18) S. u. §§ 197 ff. bes. § 200 Ziff. II zu Note 36 ff.

19) S. hierzu übrigens noch § 392 HGB., bes. Abs. 2.

20) S. o. § 154. Ein anderes ist eben leisten, ein Anderes aufrechnen. Befriedigung durch Befreiung von eigenen Schulden gegenüber Dritten braucht man sich regelmäßig nicht gefallen zu lassen. S. schon l. 18 § 1 Dig. de comp. 16, 2 u. Kohler S. 6 ff. — Ueber das Verhältniß von Vor- und Nacherben s. § 2140 BGB. und das Erbrecht.

21) S. o. Bd. I § 84. Weismann a. a. O. S. 7 ff.

22) Denn das Gesellschaftsvermögen bildet eine Masse für sich, die nicht den Gesellschaftern pro rata gehört. S. u. §§ 280 ff. Aehnlich bei nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 54 BGB.) und im gleich folgenden Falle des Textes.

Erben überhaupt, falls eine Nachlaßverwaltung [23]) eingesetzt ist (arg. § 1977 BGB.). Der Nießbraucher, Pfandgläubiger einer Forderung kann diese Forderung nicht gegen eigene Schulden aufrechnen (§§ 1074 i. f., 1282 Abs. 2); ebensowenig kann der Drittschuldner aufrechnen, was er vom Nießbraucher resp. Pfandgläubiger zu fordern hat [24]). Unter denselben Gesichtspunkt fällt auch die Vorschrift über das Verbot der Aufrechnung von Aktiv- und Passivposten, die zum Ressort verschiedener Kassenverwaltungen des Reichs- oder Landesfiskus, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbands gehören (§ 395 BGB.). Es fallen dahin die Vorschriften über den Ausschluß der Aufrechnung gegenüber beschlagnahmten Forderungen [25]). § 392. Selbstverständlich wirkt dieses Verbot nur relativ, zu Gunsten des beschlagnehmenden Gläubigers [26]). Auch ist es beschränkt, ähnlich wie bei der Aufrechnung gegen abgetretene Forderungen [27]). Die Aufrechnung ist nicht davon abhängig, daß sie im Moment der Beschlagnahme bereits vollendet (z. B. die Aufrechnungserklärung schon abgegeben) war. Dies würde die Lage des Drittschuldners zu sehr gefährden [28]), sie durch einseitige, auf der Gegnerseite spielende Rechtsvorgänge in Mitleidenschaft ziehen [29]). Jedenfalls sollen begründete Rechtsaussichten des Drittschuldners auf Kompensation durch die Beschlagnahme der Gegenforderung nicht durchkreuzt werden. Demgemäß ist die Aufrechnung des Drittschuldners wider seinen gepfändeten Gläubiger davon abhängig, daß er vor der Pfändung bereits feste Aussicht auf die Kompensation hatte. Dies ist der Fall

a) wenn er seine Forderung in aufrechenbarem Zustand schon vor der Beschlagnahme erworben hatte [30]);

---

23) Ueber den Fall der Testamentsvollstreckung s. § 2211 BGB. Danach kann die Aufrechnungserklärung nur durch und an den Vollstrecker geschehen.

24) Ueber eine Ausnahme s. § 1288 Abs. 2 BGB.

25) In der Zwangsvollstreckung (durch Pfändung) oder durch Arrestvollziehung. S. §§ 829, 845, 930, 936 CPO. u. oben Bd. I § 84 bei Note 4.

26) Arg. § 135 BGB. Wird die Beschlagnahme aufgehoben, so wird die Aufrechnung vollwirksam.

27) S. o. Note 18 u. Cit. — Denn die Beschlagnahme steht einer theilweisen Abtretung der Forderung gleich.

28) Der häufig in dem Vertrauen, daß auch sein Gegner die kompensabele Gegenforderung nicht beitreiben werde, die Erklärung unterläßt. Auch das Erforderniß der bloßen Aufrechenbarkeit (Note 1) ist nicht unbedingt festzuhalten. Es sprechen dagegen zwingend die unten § 200 nach Note 37 im Fall der Abtretung der Gegenforderung ausgesprochenen Gründe. An Stelle der Abtretung ist hier nur die Beschlagnahme zu setzen. Mangels Fälligkeit im Moment der Beschlagnahme fehlt die Aufrechenbarkeit in diesem Zeitpunkt, und doch ist die Aufrechnung später nicht gänzlich auszuschließen. § 392 BGB. geht dem § 406 eod. parallel.

29) Für den Fall des Konkurses s. u. § 194 bei Note 33 ff.

b) war die Forderung in diesem Augenblicke wegen mangelnder Fälligkeit noch nicht aufrechenbar, so genügt es, wenn sie nur früher oder gleichzeitig mit der beschlagnahmten Forderung fällig wurde.

§ 392 BGB. faßt dies in eine kurze negative Formel zusammen.

6. Die Aufrechnung setzt weiter **Rechtsbeständigkeit**[31]) der aufzurechnenden Forderungen voraus.

a) Bei der Forderung, mit **welcher** aufgerechnet werden soll, versteht sich dieses Erforderniß von selbst. Der Aufrechnende würde sonst eine stumpfe Waffe gebrauchen. Auch wird es durch § 390 BGB. direkt bestätigt. Dies trifft **nichtige** Forderungen, **anfechtbare** für den Fall, daß die Anfechtung (wenn auch nachträglich) erfolgt[32]), und **nicht klagbare** Forderungen, z. B. solche aus Spiel und Wette, Ehevermittelung u. dgl.[33]). Ebensowenig können Forderungen zur Aufrechnung benutzt werden, denen eine **Einrede entgegensteht**[34]), — mit einziger Ausnahme der Verjährungseinrede, wenn die Aufrechenbarkeit der Forderung im Uebrigen schon vor Vollendung der Verjährung eingetreten war[35]). § 390.

b) Ebenso kann nur gegen eine **wirklich bestehende Gegenforderung** aufgerechnet werden. Dies folgt aus dem Begriff der Aufrechnung, die ein gleichzeitiges Erlöschen **beider** gegenüberstehender Forderungen bezweckt (§ 389) und grundsätzlich **dem einen wie dem**

30) Bei Erwerb durch Abtretung entscheidet der Moment des Abtretungsvertrages (s. u. §§ 197 ff.); wenn dieser bedingt ist, nach allgemeinen Grundsätzen der Augenblick der Eintritts der Bedingung.

31) D. i. Gültigkeit und Wirksamkeit (Bd. I §§ 80 ff.) der Forderung. Von einzelnen Fällen einer **blos relativen** Unwirksamkeit war schon bei Note 26 ff. die Rede. — Zweifel bestehen wegen der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. S. o. Note 1.

32) Durch die vollzogene Anfechtung wird die aufgerechnete Forderung rückwärts vernichtet: der Kompensationseffekt ist also nicht eingetreten. Die Gegenforderung besteht noch. Vgl. **Schollmeyer** zu § 390 Note 2. A. M. **Oertmann** in d. Ztschr. „Das Recht" 1901 S. 447 ff.

33) S. o. § 140. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 130. Auf nicht klagbare Forderungen ist der Schuldner ebensowenig wie auf einredebehaftete (s. u.) zu leisten gezwungen, braucht sich also auch die Zwangsbefriedigung durch Aufrechnung nicht gefallen zu lassen.

34) S. o. Bd. I § 36. Bei dilatorischen Einreden **solange** sie der Forderung entgegenstehen.

35) Es wäre unbillig, um der bloßen Verzögerung der Aufrechnungserklärung willen, in diesem Fall die ganze Aufrechnung auszuschließen, da häufig die Erklärung gerade deshalb unterbleibt, weil man darauf vertraut, daß auch der Gegner die kompensabele Gegenforderung nicht beitreiben werde (s. o. Note 28). Dieses Ergebniß soll durch Verjährung der Forderung nicht erschüttert werden. — Es ist darauf zu achten, ob abgesehen von der Aufrechnungserklärung alle Voraussetzungen der Aufrechnung vorlagen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Aufrechnende vor Vollendung der Verjährung selbst nicht zu leisten berechtigt war. S. o. bei Note 13.

anderen Theile die Befugniß gibt, diesen Effekt in einem gegebenen Falle herbeizuführen (§ 387). Auch die Gegenforderung muß also existiren. Es ist unhaltbar, in Folge der Aufrechnung gegen eine nichtige Forderung Tilgung der eigenen anzunehmen und den Aufrechnenden, ähnlich wie bei der Zahlung einer nichtigen Forderung, auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen [36]). Ein Anderes ist zahlen, ein Anderes aufrechnen. Die Aufrechnung gegen nicht bestehende Forderungen ist ein unwirksamer Rechtsakt, weil eine Voraussetzung der Aufrechnung fehlt. Der Aufrechnende behält also seine Forderung. Dagegen kann man wider Gegenforderungen aus anfechtbaren Rechtsgeschäften, hinsichtlich deren dem Aufrechnenden selbst das Anfechtungsrecht zusteht, ingleichen gegen nicht klagbare oder mit einer Einrede behaftete Forderungen wirksam aufrechnen [37]), da keinerlei Zwang zur Geltendmachung der entsprechenden Rechte für den Aufrechnenden besteht [38]).

7. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet eine Aufrechnung gegen dieselbe nicht statt. Kann die Forderung dem Gläubiger nicht zwangsweise entzogen werden, so soll dies auch nicht mittelst Aufrechnung geschehen. § 394 S. 1. Die in Betracht kommenden Forderungen sichern ihrem Gläubiger meist nur die Lebensnothdurft [39]): daher soll ihm die Leistung baar zukommen [40]). Jedoch

a) gegen die in § 394 BGB. Satz 2 erwähnten, aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen (insbesondere aus Knappschaftskassen und

---

36) Zustimmend Dernburg § 126 Ziff. I, Kipp zu Windscheid § 349 Note 2a, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 120, Siber S. 92 ff., Cosack § 111 I Ziff. 5c, Schollmeyer § 387 Note 1d, Planck eod. Note 2, Oertmann eod. Note 3 u. in d. Ztschr. „Das Recht“ 1901 S. 448 ff. A. M. Kohler a. a. O. S. 20, Weismann S. 28.

37) Dies läßt sich auch a contrario aus § 390 BGB. ableiten.

38) Eine andere Frage ist, ob er den Aufrechnungseffekt als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners (nach §§ 812 ff. BGB.) kondiziren kann. Vgl. Siber S. 90 ff. Dies ist vor Allem der Fall, wenn der Aufrechnende bei Erklärung der Aufrechnung die betreffenden Rechte, z. B. die ihm zustehende Einrede nicht kannte, — es handele sich denn blos um eine aufschiebende, oder um die Verjährungseinrede (§ 813 BGB.).

39) S. o. § 156 zu Note 49 u. § 186 Ziff. 1.

40) Die gesetzlichen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung beruhen vor Allem auf § 850 ff. CPO. und anderen oben § 186 bei Note 7 ff. cit. Gesetzen. — Das ehemalige gemeine Recht enthielt ein minder ausgedehntes Verbot der Aufrechnung gegen Alimentationsansprüche. Dernburg, Kompensation S. 519. Die Ausdehnung ist nicht überall unbedenklich, indem z. B. der Arbeits- und Dienstlohn gegen Beschädigungen des Bediensteten nicht aufgerechnet werden darf. Doch greift vielfach das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. (oben Bd. I § 124) ein. — Wegen Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Gesindes s. preuß. AG. Art. 14.

Kassen der Knappschaftsvereine) zu beziehenden Hebungen können die diesen geschuldeten Beiträge aufgerechnet werden [41]).

b) Ferner kann das Landesrecht bestimmen, daß Ansprüche der Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrer auf Besoldung, Ruhegehalt, Warte=, Wittwen= und Waisengelder der Aufrechnung unterliegen sollen. Art. 81 EG.BGB. [42]).

Die Aufrechnung mit den genannten unpfändbaren Forderungsrechten von Seiten des Gläubigers ist gestattet. Das Verbot ist auch hier einseitig.

8. Aehnliches gilt für die Aufrechnung von Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen [43]). Gegen diese Forderungen ist keine Aufrechnung gestattet. Dem liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß das absolute Unrecht [44]) vor Allem Wiederherstellung verlangt. Nur bei bloßer Fahrlässigkeit wird davon abgesehen und die Aufrechnung gestattet [45]). § 393 BGB.

9. Einige besondere Aufrechnungsverbote sind in Spezialgesetzen enthalten. So kann ein Aktionär nicht den Betrag seiner Aktienzeichnung gegen sonstige Forderungen wider die Gesellschaft, — ein Gesellschafter nicht seine Einlagen gegen Forderungen wider die Genossenschaft aufrechnen. Vgl. §§ 221, 320 Abs. 3 HGB., § 22 Abs. 3 RG. v. 1. Mai 1889, § 19 Abs. 2 d. Ges. v. 20. April 1892 [46]).

§ 193.

3. Wirkungen der Aufrechnung.

Erst die Aufrechnungserklärung vollendet die Aufrechnung: aber doch nur in dem Sinne, daß die Tilgung der beiden gegenüber=

41) Dies folgt ebenfalls aus Konnexitätsgrundsätzen.

42) Vgl. hierzu bayr. AG. Art. 12, hess. Art. 35, Mecklenb.Schw. Art. 35, Mecklenb.Strelitz § 37, Oldenburg § 3 u. A.

43) S. über dieselben §§ 823 ff. BGB. u. unten das Recht der unerlaubten Handlungen.

44) S. o. Bd. I § 107 Ziff. 1b. Auf das relative Unrecht (die vorsätzliche Verletzung bestehender Schuldverhältnisse) bezieht sich die Bestimmung nicht. Daß blos ein rechtsgeschäftlicher Gesichtspunkt konkurrirt, ist gleichgültig.

45) Im röm. Recht wurde in dieser Weise nur die Forderung auf Herausgabe des durch widerrechtliche Eigenmacht Erlangten getroffen, diese aber sogar ohne wissentliche Unredlichkeit (vgl. l. 14 § 2 Cod. de comp. 4, 31). Dies war zu eng und zu weit. Die moderne Ausgestaltung hat die Rechtskonsequenz für sich. Dadurch entfällt auch das Bedürfniß für die andere römischrechtliche Bestimmung, daß der Verwahrer gegen die Forderung auf Rückgabe des Depositums nicht aufrechnen dürfe (l. 11 Cod. depos. 4, 34). Liegt vorsätzliche Handlung (Unterschlagung) vor, so wird der Fall von § 393 BGB. umfaßt. Darüber hinaus besteht für die Vorschrift kein genügender Grund.

46) Die Bestimmungen erklären sich aus dem oben § 191 Ziff. I i. f.

stehenden Forderungen nicht ohne Wissen und Willen der Betheiligten — also von selbst — eintreten soll[1]). Vielmehr ist die Herbeiführung dieses Effekts ein Recht jedes Betheiligten, von dem er nach Befinden Gebrauch machen kann.

Anderseits ist schon die möglicherweise zu dieser Tilgung führende Situation — die sog. Aufrechenbarkeit —, auch wenn die Aufrechnungserklärung noch fehlt, nicht einflußlos auf die davon betroffenen Forderungen. Es ist somit zwischen den Wirkungen der vollendeten Aufrechnung und denjenigen der bloßen Aufrechenbarkeit zu unterscheiden.

I. Das bloße Dasein einer aufrechenbaren Gegenforderung gibt dem Schuldner das Recht, die beiden Forderungen als aufgehoben zu behandeln, soweit sie sich decken, und zwar von dem Augenblicke an, da die Aufrechnungsbefugniß für ihn eingetreten ist. Die Sachlage hat Aehnlichkeit mit derjenigen eines Schuldners, welcher das Schuldobjekt hinterlegte, aber das Rücknahmerecht der Hinterlegung noch nicht verloren hat[2]). Man weiß noch nicht, ob die Situation zum Erlöschen der Forderung führen wird. Die Forderung besteht noch, aber ihr Erlöschen ist in der Schwebe, ihre Vollwirksamkeit gebrochen; der Zustand weitet sich zum definitiven Erlöschen aus, wenn noch das letzte Thatbestandsstück, die Aufrechnungserklärung, nachfolgt[3]). Die Rückziehung dieser Wirkung auf den Schwebezustand hat daher nichts Auffälliges[4]).

1. Hiernach bleiben die Wirkungen der bloßen Aufrechenbarkeit

---

Gesagten. Mangels Baarzahlung würde das erforderliche Grundkapital nicht zusammenkommen. Dies muß in erster Linie zusammengebracht werden.

1) Diese rechtsgeschichtlich nicht unvertreten gebliebene (s. o. § 191 Note 7 i. f.), in Frankreich heute noch herrschende Auffassung ist verlassen.

2) Doch handelt es sich bei der Aufrechenbarkeit um mehr als eine Einrede. Es handelt sich um die Befugniß, der Schuld durch Aufopferung einer eigenen Forderung ein Ende zu machen. S. auch Dernburg § 127 Ziff. II. Hieraus wird gefolgert, daß eine in Unkenntniß der Aufrechnungsmöglichkeit erfolgte Erfüllung der einen Forderung die nachträgliche Abgabe der Kompensationserklärung nicht ausschließe, wogegen das Geleistete nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden könne (§ 813 BGB.). So z. B. Weismann a. a. O. S. 34; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 110, Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 20. Aber trotz der Aufrechenbarkeit besteht die Forderung noch, und ist ihre Zahlung möglich. Durch die Zahlung aber wird die aufrechenbare so gut wie die nicht aufrechenbare Forderung getilgt, und nach der Tilgung hört die Möglichkeit der Aufrechnung auf (s. o. § 192 Note 1 u. 31). Zustimmend Planck § 389 Note 3.

Ueber andere Folgen der Aufrechenbarkeit s. z. B. unten § 218 Ziff. 2a.

3) Wie bei der Hinterlegung die Annahme des Depots durch den Gläubiger.

4) Insbesondere involvirt sie so wenig wie bei der Hinterlegung eine Fiktion (vgl. § 191 Note 42). S. dazu noch Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 437 ff.

hinter denen der vollendeten Aufrechnung erheblich zurück. Beide Forderungen bestehen noch; — wäre eine von ihnen definitiv (z. B. durch Baarzahlung) erloschen, so kann von Aufrechnung nicht mehr die Rede sein. Der Effekt der Vorwirkung[5]) geht nicht soweit, daß der Zahlung noch die Aufrechnungserklärung nachfolgen, und die Baarleistung als eine Nichtschuld zurückgefordert werden könnte[6]). Auf der anderen Seite kann der verurtheilte Schuldner die Aufrechnungserklärung noch (wie eine Zahlung) während der Zwangsvollstreckung in die aufrechenbare Forderung nachholen, obschon die Aufrechenbarkeit schon vor dem zu vollstreckenden Urtheil vorhanden war[7]). Zahlen oder aufrechnen ist auch in dieser Beziehung eine dem Schuldner offenstehende Alternative[8]).

2. Dagegen folgt aus der Vorwirkung, daß die aufrechnungsberechtigte Partei die gegenseitige Aufhebung der beiden Forderungen bis zur Höhe der minderen durch Erklärung so herbeiführen kann, als hätten sich die beiden Forderungen beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen sofort getilgt.

a) Nach stattgefundener Erklärung können somit gewisse, während des Schwebezustands getroffene Verfügungen über die eine oder andere Forderung[9]) die aus der Aufrechnung erwachsenden Rechte des Erklärenden nicht mehr beeinträchtigen. So vor Allem nicht eine freiwillige Abtretung[10]) oder die Beschlagnahme[11]) der einen Forderung. Dem Rücktritt eines Gläubigers von seinem Schuld-

5) D. i. der Aufrechenbarkeit. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 24 S. 1 ff. spricht von der Aufrechnungssituation.

6) S. o. Note 2. Anders das röm. Recht (l. 10 § 1 Dig. de comp. 16, 2); aber eine derartige Bestimmung läßt sich nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch hineintragen, das in §§ 387, 388 deutlich die Vornahme des Aufrechnungsgeschäfts vom Dasein zweier existenter, sich kreuzender Forderungen abhängig macht. Daß der Ausschluß der condictio bei Irrthum des Zahlenden (z. B. bei verschiedenem Zinsfuß der beiden Forderungen) unbillig sei, kann ich nicht zugeben. Ist es nicht unbillig, dem Gegner wieder zu entziehen, was er bona fide als ihm wirklich geschuldet empfangen hat?

7) Die Aufrechnungserklärung in der Zwangsvollstreckung wird also nicht durch § 767 Abs. 2 CPO. präkludirt. Die Erklärung ist nicht deshalb unzulässig, weil der Grund schon vor der Verurtheilung zur Zahlung der aufrechenbaren Forderung vorhanden war. Die Aufrechnung vollzieht sich und wirkt erst mit der Erklärung. Zustimmend Planck § 389 Note 3, Schollmeyer Note 2.

8) Dies hebt auch Hellwig a. a. O. S. 20 richtig hervor, ohne aber die Konsequenz aus der Koordination beider Rechtsbehelfe zu ziehen.

9) Vorbehaltlich des für die Erfüllung kompensabeler Forderungen oben Gesagten. Denn in Folge der Koordination von Erfüllung und Aufrechnung schließt der Vollzug der einen die andere aus.

10) Näheres unten § 200 Note 36 ff.

11) S. darüber das Detail schon oben § 192 zu Note 25 ff.

verhältniß wegen Nichterfüllung kann durch unverzügliche Nachholung der Aufrechnungserklärung begegnet werden[12]). Ja nicht einmal durch Verjährung der einen Forderung wird die Aufrechnungsmöglichkeit geschmälert[13]).

b) Aehnlich wie bei der Hinterlegung[14]) können vom Zeitpunkt der Vorwirkung an die Sicherheiten der aufzurechnenden Forderungen nicht mehr mit Erfolg angegriffen werden[15]) und sind nach Vollzug der Aufrechnung gänzlich befreit. Ebenso ist, wenn es zur Aufrechnung kommt, die Zinspflicht schon vom Moment des aufrechenbaren Gegenübertretens der beiden Forderungen ab sistirt[16]); die Folgen des auf der einen Seite eingetretenen Erfüllungsverzuges gelten als nicht eingetreten, eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung gilt als nicht erwirkt ꝛc.

II. Ist die Aufrechnung erklärt, so gelten die beiden gegenüberstehenden Forderungen als erloschen soweit sie sich decken, also bis zum Betrag der minderen von ihnen. Der Tilgungseffekt datirt von dem Augenblick an, da sich die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[17]). § 389 BGB. Der Rest der höheren Forderung bleibt bestehen und kann wie bisher geltend gemacht werden. Der Gegner des Aufrechnenden kann, wenn ihm die größere Forderung zusteht, nicht einwenden, daß Theilzahlungen ihm nicht zuzumuthen seien (§ 266 BGB). Ebensowenig kann dem Gläubiger, welcher den noch nicht gedeckten Rest seiner Forderung einklagt, der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Aufrechnung auf diesen Theil seiner Forderung erfolgt sei[18]).

---

12) S. § 357 BGB. u. oben § 175 Note 27 ff. — Aehnlich bei der Miethe § 554 Abs. 2 BGB.

13) S. o. § 192 bei Note 36. Dernburg § 127 Ziff. IV.

14) S. o. § 190 Note 32 ff.

15) Bürge und dritter Pfandbesitzer haben die Einrede des § 770 Abs. 2, 1137 BGB.

16) Erfolgt keine Aufrechnungserklärung, so ist jede Partei verpflichtet, die ihr nach Inhalt des Schuldverhältnisses obliegenden (möglicherweise nach verschiedenem Zinsfuß bemessenen) Zinsen zu zahlen; sie geräth nach Inhalt ihrer Verpflichtung in Verzug ꝛc.

17) Also vom Moment der Aufrechenbarkeit (Ziff. I) an.

18) Zweifelhafter ist, wie es zu halten sei, wenn (ohne vorherige Aufrechnung) nur ein Theil der einen Forderung eingeklagt wird, der Gegner alsdann gerichtlich (s. u. § 194) die Aufrechnung vorschützt und der Kläger entgegnet, daß er die Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Theil seiner Forderung verrechnen wolle. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 243, aber auch Dernburg § 124 Note 9.

§ 194.

4. Prozessualische und konkursmäßige Aufrechnung.

I. Die Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB. ist eine außergerichtliche Erklärung. Um aufzurechnen, bedarf es nicht der Einleitung eines Prozesses. Gleichwohl geschieht die Aufrechnung häufig im Prozesse[1]), indem der Beklagte[2]), sei es zu seiner Vertheidigung[3]) oder in Gestalt eines Gegenangriffs (Widerklage), Gegenforderungen vorschützt. Letzteres ist an sich noch keine Aufrechnung[4]); meist aber verbindet sich damit eine Aufrechnung[5]).

Die prozessualische Aufrechnung hat mancherlei Eigenheiten.

1. Auch diese Aufrechnung ist Rechtsgeschäft[6]). Sie geschieht durch Aufrechnungserklärung im obigen Sinne: nur steckt die Erklärung hier in einer Prozeßhandlung. Z. B. die Aufrechnung wird in der mündlichen Verhandlung erklärt oder in einem vorbereitenden Schriftsatz[7]). Damit verbindet sich der Zweck, die Frage nach der Existenz der Gegenforderung der richterlichen Entscheidung zu unterbreiten — geradeso wie dies hinsichtlich der durch die Klage geltend gemachten Hauptforderung der Fall ist. Der Aufrechnungseffekt soll also hier durch das richterliche Urtheil aus-

---

1) S. außer den oben § 191 Citirten noch O. Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation (1897) und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 161; Petersen, Die Aufrechnung im Prozeß in den Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 64 S. 253; Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 16 ff., 29 ff.

2) Bevor Jemand verklagt wird, hat er oft keine Veranlassung, seine eventuellen Gegenforderungen hervorzusuchen: er läßt Alles auf sich beruhen. Umgekehrt, wer verklagt wird, sucht häufig, um die Zahlungspflicht von sich abzuwehren, Gegenforderungen hervor, die er nunmehr zur Aufrechnung vorschützt.

3) Rechtsverneinende Einwendung (s. o. Bd. I § 126 zu Note 7).

4) Z. B. der Fall kann so liegen, daß jede Partei einfach nach dem Klageantrag des Gegners zu verurtheilen ist.

5) Sodaß also im Fall der Widerklage nur der höhere Schuldner auf den nach Aufzehrung der beiden Forderungen verbleibenden Rest zu verurtheilen ist, während bei blos vertheidigungsweiser Vorschützung nur wenn die Klageforderung höher ist, der Beklagte auf den nach der Aufrechnung verbleibenden Rest zu verurtheilen ist, — nicht, wenn die Gegenforderung höher ist, entsprechend auch der Kläger. Denn wegen der Gegenforderung ist hier nicht geklagt, und ultra petita non cognoscitur. Hier ist also einfach die Klage abzuweisen, — wegen des Mehrbetrags der Gegenforderung ergeht kein rechtskräftiges Urtheil. S. § 322 Abs. 2 CPO. u. oben Bd. I § 130 zu Note 25 ff.

6) S. o. § 191 zu Note 15.

7) S. §§ 129 ff. CPO. Möglich ist auch, daß die Aufrechnungserklärung zwar während des Prozesses, aber unabhängig von ihm erfolgt. Dann kann im Prozeß darauf Bezug genommen werden, nicht anders als wenn die Aufrechnung (in Gemäßheit der §§ 191—193 oben) vor dem Prozesse geschah.

gesprochen werden, welches über die Begründetheit von Haupt- und Gegenforderung entscheidet.

Dies ist nicht so zu denken, als ob der Richter kompensirte; und noch viel weniger so, als ob der Aufrechnungseffekt, wenn er eintritt, erst von der Zeit des richterlichen Urtheils ab einträte. Sondern es bleibt dabei, daß die, wenn auch in prozessualischem Gewande vorgenommene Aufrechnungserklärung den Tilgungseffekt der beiderseitigen Forderungen von dem Augenblick herbeiführt, da beide Forderungen sich, als zur Aufrechnung geeignet, gegenübergetreten sind [8]. Das richterliche Urtheil ist also hier, wie regelmäßig, nur deklarativ. Es konstatirt, daß eine Haupt- und Gegenforderung von näher bezeichnetem Betrage da war, welche durch Aufrechnung (bis zum Betrag der minderen von ihnen) getilgt sind [9].

Die prozessualische Aufrechnung hat also von der civilistischen keinen verschiedenen Inhalt. Die Aufrechenbarkeit beurtheilt sich hier wie dort nach gleichen Grundsätzen. Wäre die Aufrechnung civilistisch unwirksam, so ist sie es auch im Prozesse [10]. Nur die Aufrechnungserklärung ist hier eine Prozeßhandlung, und es genügt, daß sie als solche gültig ist. Z. B. zur wirksamen Abgabe der Erklärung genügt das Vorhandensein der Prozeßvollmacht [11]. Anderseits kann die Erklärung, wenn sie als Prozeßhandlung unwirksam ist [12], die Aufrechnung nicht herbeiführen, wenn sie auch den Erfordernissen der außergerichtlichen Aufrechnungserklärung entspricht [13]. Ebenso wenn die Erklärung in prozessualisch zulässiger Weise zurückgenommen wird [14]. Damit hat es folgende Bewandtniß.

---

8) S. o. § 193.

9) Der Urtheilstenor zieht daraus die entsprechenden Konsequenzen: auf Abweisung der Klage resp. bloße Zusprechung des Restes der Klagforderung (s. o. Note 5).

10) Der Richter wird den Kompensationseffekt in solchem Falle nicht als eingetreten erklären können.

11) Vgl. § 81 CPO. Dies ist bestritten, folgt aber zur Evidenz aus §§ 209 Ziff. 3, 215 BGB., wonach dieselbe Prozeßhandlung auch civilistisch die Verjährung unterbricht. Vgl. Wach, Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 27 S. 3; Fitting, Liegt in der Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und zum Empfang einer Aufrechnungserklärung? (in den Hallenser Festgaben f. Dernburg 1900), und neuestens Kohler a. a. O. Bd. 29 S. 1 ff.

12) Z. B. die in dem vorbereitenden Schriftenwechsel abgegebene Aufrechnungserklärung wird in der mündlichen Verhandlung nicht wiederholt.

13) A. M. Dernburg § 124 zu Note 7 u. § 125 II.

14) So jedenfalls, wenn die Aufrechnung nur zur Vertheidigung vorgeschützt wird. S. u. Ziff. 2. Kohler a. a. O. S. 16 ff. will auch die im Wege der Klage erklärte Aufrechnung unwirksam werden lassen, wenn die Klage in zulässiger Weise zurückgenommen wird. Dies ist bedenklich, soweit die Rücknahme der zugestellten Klage gegen den Willen des Beklagten statthaft ist.

2. Die Aufrechnung kann prozessualisch in dem Sinne erklärt werden, daß damit nur die Abweisung der erhobenen Klage bezweckt wird: sodaß also, wenn die Klage zurückgenommen oder aus anderem Grunde[15]) abgewiesen wird, die Aufrechnung gar nicht zur Wirkung kommen soll. Die Aufrechnung wird hier nur eventuell vorgebracht, — gewissermaßen als letztes Vertheidigungsmittel, wenn das übrige Vorbringen des Beklagten nicht zum Ziele führen sollte. Kann der Beklagte sich nicht auf andere Art von seiner Leistungspflicht befreien, so will er sich mittelst Aufopferung der Gegenforderung befreien (Eventualaufrechnung). Dies ist zulässig, wie zahlreiche Prozeßhandlungen in einem Eventualverhältniß stehen[16]); und es liegt in der Natur des Aufrechnungsvorbringens, daß es an letzter Stelle kommt und gewollt ist. § 388 i. f. BGB. setzt dem kein Hinderniß entgegen: die eventuelle Prozeßhandlung steht der civilistisch bedingten Erklärung nicht gleich[17]).

3. Die zur prozessualischen Aufrechnung verstellte Forderung ist oft weit hergeholt. Es kann aber auch sein, daß die Hauptforderung bestritten ist, während die Gegenforderung feststeht. Schließlich können alle beide ungewiß und bestritten sein. Der Aufrechnungsbefugniß thut dies keinen Eintrag. Es wird nicht mehr, wie vielfach im älteren Recht[18]), Liquidität (sofortige Beweisbarkeit) der zur Aufrechnung gestellten Forderungen verlangt. Der Gefahr, daß der eine Theil unter dem Zeitverlust, den die Feststellung der gegenüberstehenden Forderung verursacht, unnöthig leide, wird heutzutage prozessualisch durch andere Mittel begegnet.

a) Wenn die Hauptforderung bestritten ist, die Gegenforderung klar steht, darf nicht der Richter die Sache formalistisch abthun, indem er sagt, die Klage sei jedenfalls abzuweisen: entweder weil die Hauptforderung nicht zu Recht bestehe, oder weil, falls sie zu Recht be-

---

15) Z. B. wegen prozeßhindernder Einreden, — mangels Beweises der zum Klagegrund gehörigen Thatsachen (oben § 127) u. dgl.

16) Dies ist hier nicht auszuführen. Eine ganze Prozeßtheorie (die sog. Eventualmaxime) beruhte auf dieser Erscheinung. Heutzutage ist ein eventuelles Vorbringen mehrerer selbständiger Vertheidigungsmittel nicht vorgeschrieben, aber keineswegs ausgeschlossen.

17) S. dazu Motive Bd. II S. 108; Weismann S. 20; Kohler a. a. O. S. 29 u. Cit.; Kipp zu Windscheid, Pand. § 349 S. 443. Z. B. der eingeklagten Rückzahlung eines Darlehens setzt der Beklagte in erster Linie den Nichtempfang der Valuta entgegen (leugnet also die Hauptforderung), — eventuell will er kompensiren. Er kompensirt hier nicht bedingt, sondern nur, sofern festgestellt ist, daß die Aufrechnungsvoraussetzungen vorliegen, d. i. hier das Bestehen der Gegenforderung. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 403.

18) Vgl. l. 14 § 1 Cod. de comp. 4, 31; Code Nap. Art. 1291.

stehe, Aufrechnung eintrete. Sondern der Beklagte kann materielle Entscheidung verlangen, ob die Hauptforderung besteht[19]) und es demnach zur Aufrechnung kommt, oder diese sich erübrigt.

b) Wenn die Hauptforderung klargestellt ist (oder der Klarstellung nahe steht), während die Feststellung der Gegenforderung noch von Weiterungen abhängt, so darf zwar dem Beklagten wegen der Illiquidität das Recht der Aufrechnung nicht verkümmert werden, aber der Kläger kann verlangen, daß durch Verhandlung über die Gegenforderung die Verwirklichung seines davon unabhängigen Rechts nicht leide. Demgemäß wird unterschieden:

α. Stehen Forderung und Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhang, d. h. sind sie nicht unabhängig voneinander[20]), so kann sich der Kläger nicht beklagen, wenn durch Erörterung der Gegenforderung die gerichtliche Verwirklichung seines Anspruchs hinausgeschoben wird. Den konnexen Anspruch soll er prinzipiell nicht vor dem Gegenanspruch zur Vollstreckung bringen können[21]).

β. Sind Forderung und Gegenforderung dagegen nicht konnex, so entfallen solche Rücksichten. Im Gegentheil, es ist nur gerecht, wenn das Vorschützen der illiquiden Gegenforderung die zwangsweise Realisation des klägerischen Rechts nicht in Mitleidenschaft zieht. Demgemäß ist hier dem Gericht (nach freiem Ermessen) die Befugniß gegeben, zunächst über die Klagforderung zu entscheiden[22]) und die Entscheidung über die Gegenforderung vorzubehalten (zu getrennter Verhandlung zu verweisen). § 145 Abs. 2 u. 3, § 302 CPO.[23]). Das

19) Er braucht nicht zu dulden, daß sein eventueller Einwand vor gelungener Feststellung der Hauptforderung herangezogen werde. Mit der im Text erwähnten, rein formalistischen Entscheidung wäre seinen Interessen in keiner Weise gedient (er weiß gar nicht, woran er ist). So — gegen Stölzel, Schulung f. d. civ. Praxis Bd. 2 u. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 24 S. 50 u. 415 und Kipp zu Windscheid II S. 444 ff. — die meisten Autoren, z. B. Eccius in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 15, 233; Förtsch, das. S. 225 ff.; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 144 ff.; Oertmann, Arch. f. bürg. Recht Bd. 15 S. 453; Dernburg § 124 Note 8; Enneccerus § 215 i. f. u. Entsch. d. RG. in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 947.

20) S. über Konnexität schon oben Bd. I § 124 Ziff. 1c.

21) Hier wird vielmehr eine Art Zug- um Zugleistung erstrebt, wie sie dem Wesen des Gesammtverhältnisses entspricht.

22) Der Kläger kann dann auf Grund des Urtheils seine Forderung unabhängig von der Gegenforderung zur Vollstreckung bringen.

23) Es handelt sich um rein prozessuale Maßnahmen, die auch bei Geltendmachung der Gegenforderung durch Widerklage anwendbar sind. Je nachdem die Verhandlung über die Hauptforderung noch nicht oder bereits abgeschlossen (die Hauptforderung zur Entscheidung reif) ist, kommt § 145 oder § 302 CPO. zur Anwendung. — Im Fall der blos vertheidigungsweisen Einwendung der Gegenforderung war streitig, ob die ad separatum verwiesene Gegenforderung an-

Urtheil steht in Ansehung der Rechtsmittel sowie der Zwangsvollstreckung einem gewöhnlichen Endurtheil gleich, unterliegt aber auf Grund des Vorbehalts nachträglich der Korrektur, falls sich die Gegenforderung im Nachverfahren als begründet herausstellt. In diesem Falle zeigt sich, daß nach Aufrechnungsgrundsätzen die Hauptforderung bis zum Belauf der Gegenforderung schon in dem Augenblicke erloschen war, da beide Forderungen sich als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[24]). Demgemäß ist das frühere Urtheil aufzuheben und anderweitig zu erkennen. Die getroffenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln sind rückgängig zu machen; ja der Kläger ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch dieselben entstanden ist[25]). Der Schadensersatzanspruch kann sogar im anhängigen Nachverfahren selbst geltend gemacht werden[26]). So werden in diesem Fall die eingetretenen Aufrechnungswirkungen gesichert. § 302 Abs. 4 CPO.

II. Von anderen Gesichtspunkten wird die konkursmäßige Aufrechnung beherrscht[27]). Sie ist ihrem Wesen nach keine gerichtliche, sondern eine außergerichtliche; nur daß die Rechte des Gemeinschuldners von dem Konkursverwalter im gemeinsamen Interesse aller Betheiligten ausgeübt werden. Vgl. § 6 KO. Demgemäß kommen die allgemeinen Grundsätze über die Aufrechnung[28]) gegenüber dem Konkursverwalter zur Anwendung[29]). Wer gegen den Gemeinschuldner aufrechnen kann, hat die Befriedigung für seine

---

hängig bleibe, nachdem der Prozeß über die Hauptforderung erledigt ist. Dies wird jetzt durch § 302 Abs. 4 (vgl. § 145 i. f.) CPO., konform der Plenarentscheidung d. RG. Bd. 31 S. 1, bejaht.

24) S. o. § 193 Ziff. 1.

25) Ohne Rücksicht auf Verschulden des Klägers. Wer also bei nicht konnexen Forderungen die Abtrennung des Verfahrens über die Gegenforderung zur einseitigen Realisirung seiner Forderung benutzt, thut dies auf seine Gefahr für den Fall, daß sich die Gegenforderung nachträglich als begründet herausstellt. S. u. §§ 331 Ziff. 3, 339 u. Cit.

26) Es braucht keine besondere Schadensersatzklage angestellt zu werden. Die gesammte Restitution findet in einem Akte statt. Der Ersatzanspruch erscheint formell als Erhebung einer Widerklage, ist aber von den sonstigen Voraussetzungen derselben unabhängig.

27) S. über den Konkurs schon oben § 183. Vgl. im Uebrigen v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse (1881); Kohler, Konkursrecht § 29; Oetker, Konk. Grundbegriffe Bd. 1 S. 231, 458; L. Seuffert, Konkursprozeßrecht § 38.

28) Oben §§ 191—193.

29) Zur gerichtlichen Aufrechnung (Ziff. I) kommt es nur in dem Falle, daß die Aufrechnung in Aktiv- oder Passivprozessen der Masse geltend gemacht wird. Für diese gerichtliche Aufrechnung gelten, weil sie im Konkurse erfolgt, dann auch die besonderen Vorschriften der konkursmäßigen Aufrechnung.

Forderung an den Gemeinschuldner bis zur Höhe der Gegenforderung schon „in sich selbst" und braucht sich daher insoweit an dem Konkurse gar nicht zu betheiligen[30]. § 53 KO. gestattet ihm die Aufrechnung, soweit sie auch abgesehen von dem Konkursverfahren zulässig wäre. Besonderheiten sind nur folgende.

1. Zur Aufrechnung gehört die Aufrechnungserklärung. Diese Erklärung kann der Gläubiger noch innerhalb des Konkursverfahrens abgeben. § 53. Also nur die Aufrechenbarkeit, nicht die vollendete Aufrechnung braucht vor der Konkurseröffnung zu liegen[31].

2. Durch die Konkurseröffnung tritt eine Beschlagnahme des Vermögens des Gemeinschuldners, also auch der ihm zustehenden Forderungen ein. Die konkursmäßige Aufrechnung würde also nach § 392 BGB. ausgeschlossen sein[32], wenn der Konkursgläubiger seine Forderung erst nach der Konkurseröffnung erworben, oder wenn seine Forderung erst nach diesem Zeitpunkt und später als die Forderung des Gemeinschuldners fällig geworden wäre. § 55 KO. enthält nur eine Anpassung und Ergänzung dieses Grundsatzes für den Konkurs. Daher ist die Aufrechnung ausgeschlossen

a) wenn der Schuldner einer zur Aktivmasse gehörigen Forderung nach der Konkurseröffnung eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erwirbt: mag auch die Forderung schon früher (zu Gunsten eines anderen Gläubigers) bestanden haben[33]. § 55 Ziff. 2. Denn auch im letzteren Fall war sie zur Zeit der Konkurseröffnung nicht aufrechenbar. Somit steht der Aufrechnung von nun an der konkursmäßige Beschlag der Gläubigerschaft entgegen[34].

b) Verschlossen ist die Aufrechnung selbstredend auch dem Schuldner einer erst nach der Konkurseröffnung für die Masse[35] entstandenen

30) D. h. er ist nicht auf die Konkursdividende beschränkt. In der Aufrechnungsbefugniß liegt für den betreffenden Gläubiger ein natürliches Recht der abgesonderten Befriedigung. Uebrigens braucht es sich gar nicht um eine Konkursforderung zu handeln (vgl. § 63 KO.).

31) Dies entspricht den Grundsätzen § 192 bei Note 36 u. § 193. — Ueber den Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung im Konkurse (nach Aufforderung des Konkursverwalters zur Tilgung der Gegenforderung) ist hier nicht zu reden.

32) S. o. § 192 Ziff. 5.

33) Gesammt- oder Sonderrechtsnachfolge steht gleich. Ebenso ob dem Erwerber die Konkurseröffnung bekannt war.

34) Uebrigens bleibt es bei der Relativität des Verbots. Wird der Konkurs aufgehoben (erlischt also der Beschlag der Gläubigerschaft), so wird die erklärte Aufrechnung vollwirksam.

35) Die Gläubigerschaft. — Z. B. aus Rechtsgeschäften des Konkursverwalters 2c.

Forderung. § 55 Ziff. 1 KO. Hier fehlt die Personenidentität[36]), welche zur Aufrechnung erforderlich ist[37]).

c) Schließlich war die Aufrechnung noch aus dem Gesichtspunkt der konkursmäßigen Anfechtung[38]) zu beschränken. § 55 Ziff. 3 KO. Soll die Gläubigerschaft prinzipiell gleichstehen, nach Kenntniß der Konkursvorzeichen kein Gläubiger sich vor Anderen Befriedigung verschaffen können, so sollen auch mit gleicher Maßgabe von diesem Zeitpunkt ab nicht Forderungen an den Gemeinschuldner mehr erworben werden können, die durch die ihnen innewohnende Aufrechenbarkeit mit Gegenforderungen des Kridars[39]) statt der konkursmäßigen Befriedigung[40]) zur vollen (abgesonderten) Befriedigung durch Aufrechnung kommen würden[41]). Der Ausschluß der Aufrechnung tritt ein, wenn dem Erwerber der Forderung zur Zeit seines Erwerbs die Zahlungseinstellung oder der Konkursantrag bekannt war[42]). Jedoch

α. nur wenn es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb der Forderung an den Gemeinschuldner handelt[43]): sei es ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner (Forderungsbegründung 2c.) oder ein anderes Rechtsgeschäft (Erwerb der Forderung durch Abtretung von einem anderen Gläubiger oder durch Befriedigung desselben)[44]). Erwerb durch Erbschaft oder Vermächtniß 2c. werden nicht getroffen.

β. Ferner ist die Aufrechnung zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers, von dem die Forderung auf ihn überging, verpflichtet war[45]) und ihm zur Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder die Zahlungseinstellung noch der Eröffnungsantrag bekannt war.

γ. Endlich ist die Aufrechnung gestattet, wenn der Erwerb der Forderung an den Gemeinschuldner früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung geschah[46]).

36) S. o. § 192 Ziff. 4. Daher ist die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung entstanden war. — Dagegen können Masseforderungen und Masseschulden gegeneinander aufgerechnet werden.

37) S. noch § 21 Abs. 2 KO.

38) S. o. § 184 u. § 185 Ziff. 2.

39) Wenn der Erwerber der Forderung „vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war". § 55 Ziff. 3 KO.

40) Durch die Konkursdividende. S. o. Note 30.

41) In Gemäßheit der Konkursaufrechnung, besonders oben Ziff. 1.

42) Der Beweis der Kenntniß liegt dem Konkursverwalter ob, welcher den Ausschluß der Aufrechnung geltend macht. — Beweis der Benachtheiligung der Konkursgläubiger ist nicht erforderlich.

43) Also nicht Rechtshandlungen aller Art werden getroffen.

44) Subrogation. S. u. § 201.

45) Z. B. im Wechselregreßverfahren.

3. Anderseits gibt es einige Erweiterungen der Aufrechnungsbefugniß im Konkurse, welche mit allgemeinen konkursrechtlichen Grundsätzen zusammenhängen[47]). § 54 KO.

a) So zunächst, daß die Aufrechnung auch stattfinden kann, wenn die gegen den Gemeinschuldner gerichtete Forderung nicht auf Geld geht (Abs. 4), — weil Forderungen dieser Art im Konkurse nach ihrem Schätzungswerth in Geld zu liquidiren sind.

b) Ebenso, daß eine betagte Forderung unter Abrechnung des Zwischenzinses[48]) zur Aufrechnung gebracht werden kann (Abs. 2), — da sie in dieser Höhe auch baar zu liquidiren wäre.

c) Endlich, daß eine bedingte Forderung zur Aufrechnung gebracht werden kann unter denselben Voraussetzungen, wie sie auch baar liquidirt werden könnte (Abs. 3). Hiernach muß der Schuldner, dem eine aufschiebend[49]) bedingte Forderung an den Gemeinschuldner zusteht, zwar zunächst erfüllen, was er selbst (unbedingt) schuldet, kann aber bei gleichzeitiger Abgabe der Aufrechnungserklärung verlangen, daß ihm der aufzurechnende Betrag in seiner vollen Höhe[50]) sichergestellt werde. Die Sicherheit wird frei, wenn bei Vornahme der Schlußvertheilung die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so entfernt ist, daß die Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswerth repräsentirt[51]). § 171 KO.

III. Sonstige Befreiung des Schuldners.

§ 195.

A. Erlaß*.

Unter den Erlöschungsgründen eines Forderungsrechts, zufolge deren der Schuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit wird[1]), nimmt der Erlaß die wichtigste Stelle ein.

---

46) Entsprechend § 33 KO. S. o. § 185 Note 20.
47) Vgl. o. § 183 zu Note 39.
48) S. o. § 156 Ziff. IV.
49) Bei auflösend bedingten Forderungen bedarf es wegen § 66 KO. keiner Sondervorschrift.
50) Nicht etwa blos die Konkursdividende.
51) Weil dann auch die Berücksichtigung der Forderung in baar bei der Schlußvertheilung ausgeschlossen ist. S. o. § 183 Note 39. — Abgesehen davon schadet es nicht, wenn die Bedingung erst nach Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

*) Völderndorff, Z. L. vom Erlaß (1850); Meißels in Grünhut's Ztschr. Bd. 18 S. 665, Bd. 19 S. 1; G. Hartmann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 1. Geschichtliches bei Altmann, Der Erlaßvertrag (1891) — Dernburg

I. Der Erlaß als Aufhebungsgrund von Schuldverhältnissen gehört unter den weiteren Begriff des **Verzichts auf Rechte** überhaupt. Er enthält also eine **Verfügung** des Gläubigers über das Forderungsrecht [2]), setzt daher Verfügungsfähigkeit [3]) voraus.

Der Erlaß bedarf, um schuldtilgend zu wirken, der Annahme des Schuldners. § 397 Abs. 1 BGB. Erlaß ist also die **vertragsmäßige** Aufhebung von Forderungsrechten durch die vom Schuldner angenommene Entsagungserklärung des Gläubigers [4]). Die beiderseitigen Erklärungen können **formlos**, in jeder zulässigen Art und Weise [5]) abgegeben werden, — also auch durch ein schlüssiges Verhalten der Parteien, z. B. Rückgabe des Schuldscheins, Ertheilung einer Quittung, wenn keine Zahlung erfolgt war u. dgl. [6]).

1. Der Erlaß steht unter den allgemeinen Grundsätzen der Verträge [7]) und duldet auch **Nebenbestimmungen** (Bedingung, Zeitbestimmung) 2c. [8]). Von Seiten des Gläubigers enthält er eine **Zuwendung an den Schuldner** [9]), deren Gründe so verschieden sein können, wie die Gründe der Zuwendungen überhaupt. Der Erlaß kann also entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. In letzterem Falle schließt er eine Schenkung in sich und unterliegt den Bestimmungen, aus denen Schenkungen im Allgemeinen zurückgefordert oder gemindert werden können [10]). Dagegen bedarf der Erlaß auch in diesem Falle zu seiner Gültigkeit nicht der Schenkungsform [11]). Arg. § 397 BGB.

---

§ 130; **Endemann** I § 149; **Cosack** § 113; **Mathiaß** I § 97; **Enneccerus** I § 217.

1) S. o. § 181 gegen Ende.

2) S. o. Bd. I § 74 zu Note 19.

3) S. das. § 84.

4) Ueber (einseitige) Verzichte im Prozeß s. §§ 81, 306 CPO. Dieselben haben, wenn nur an sich gültig vorgenommen, gegebenenfalls auch die civilrechtliche Erlaßwirkung. S. **Kohler**, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 34 ff.

5) S. o. Bd. I §§ 86, 88 ff. Die Formlosigkeit gilt aber, wie gesagt, nur für den **Schulderlaß**, nicht z. B. für Verzicht auf dingliche Rechte 2c.

6) S. o. § 182 Ziff. 5. Daselbst ist schon hervorgehoben, daß die Auslegung einen sicheren Schluß auf den Verzichtswillen zulassen muß, **da Verzichte im Allgemeinen nicht zu vermuthen sind**. Insbesondere gilt dies für die im Text hervorgehobenen Beispiele. Andere Beispiele wären Rückgabe der Pfandsache oder Zerstörung der Schuldurkunde, vorausgesetzt daß ein Vertrag angenommen werden kann (also etwa in Gegenwart des Schuldners).

7) S. Bd. I §§ 73 ff., 89 ff. 2c.

8) Im Gegensatz zur röm. acceptilatio. S. o. Bd. I §§ 83 ff. Bei Unwirksamkeit (z. B. Anfechtung wegen Betrugs, Irrthums 2c.) tritt die schuldtilgende Wirkung (Ziff. 2) nicht ein.

9) S. Bd. I §§ 74 i. f., 75.

10) Z. B. der Schenkungsanfechtung oben § 184 Ziff. 1c, § 185 Ziff. 3; der Rückforderung wegen Undanks; wegen Verletzung des Pflichttheils 2c.

11) S. darüber § 230 unten.

Der Erlaß ist ein abstrakter Vertrag. Sein Inhalt beschränkt sich wesentlich auf die Einigung der Parteien über die Schuldaufhebung[12]: der Grund kann im Dunkeln bleiben und alterirt, wenn er vereitelt wird, die Gültigkeit des Erlasses nicht. Gegebenenfalls entsteht nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung[13]. Dagegen ist der Erlaß nicht nothwendig abstrakt[14]. Vielmehr kann der Bestimmungsgrund[15] in den Vertrag mit aufgenommen werden; ja bei den wechselseitigen Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen kann Erlaß gegen Erlaß erfolgen, — wo dann die beiderseitigen Erlasse in einem ähnlichen Kausalverhältniß stehen, wie es hinsichtlich der ursprünglich übernommenen Verpflichtungen der Fall war[16]. Doch verliert der Erlaß alsdann seinen reinen Charakter[17]. In § 397 BGB. wird regelmäßig der Erlaß als vertragsmäßiger Verzicht auf ein einzelnes Forderungsrecht verstanden.

2. Der Erlaß geht auf vollständige Schuldbefreiung, und er bewirkt diese Schuldbefreiung unmittelbar[18]. Er begründet nicht blos eine Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung nicht geltend zu machen. Allerdings ist auch eine solche Vereinbarung zuläßig (sie begründet eine Einrede wider die Forderung), aber Erlaß ist dies nicht[19]. Natürlich kann eine Forderung auch theilweise erlassen werden. Doch ist zuzusehen, ob der Vertrag nicht in Wahrheit ein anderer ist, z. B.

---

12) Wegen der rechtlichen Gunst, welche die Liberation des Schuldners für sich hat.

13) Gegen den Schuldner nach den allgemeinen dafür geltenden Grundsätzen. S. u. § 317 ff. Man pflegt zu sagen: der Erlaß kann kondizirt werden. S. auch Bd. I § 75 zu Note 9 ff. — Der Unterschied gegenüber Note 8 i. f. ist zu beachten.

14) S. o. Bd. I § 75 zu Note 11.

15) Z. B. über das für den Erlaß geleistete Entgelt des Schuldners.

16) Ist ein einseitiger Schuldvertrag (z. B. Schenkung, Bürgschaft) durch contrarius consensus aufgehoben, so liegt einfacher Erlaß vor.

17) Ist doch auch die Schuldumwandlung (s. o. § 188) schließlich in diesem Sinne nur ein Erlaß des alten Schuldverhältnisses gegen Begründung eines neuen u. dgl. — Bei der Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages durch contrarius consensus (s. vor. Note) kann beabsichtigt sein, auch die schon gemachten Leistungen zurückzufordern, was beim einfachen Erlasse nie in Frage steht. Auch hinsichtlich der Form zeigt sich der Unterschied (z. B. wenn das Zurückzugebende ein Grundstück ist, bedarf die Aufhebung der Form des § 313 BGB.).

18) § 397 BGB. sagt unzweideutig, daß durch den Erlaßvertrag „das Schuldverhältniß erlischt".

19) S. über die exceptio pacti de non petendo oben Bd. I § 36 vor Note 12. Vorkommen wird ein solches pactum de non petendo heutzutage praktisch wohl nur, wenn der Inhalt der Abrede auch in sonstiger Beziehung beschränkt ist: z. B. eine gewisse Zeit hindurch nicht fordern zu wollen (Stundung). S. darüber auch oben § 156 Ziff. V.

eine kontraktliche Aenderung des bestehenden Schuldverhältnisses[20]) oder einen Vergleich[21]) enthält.

Sind mehrere Personen berechtigt oder verpflichtet, so kann der Erlaß von Allen oder nur von Einem oder Einigen ausgehen, und sich auf alle oder nur auf einen oder einige Schuldner beziehen. Man spricht hier von einem Erlaß in rem und in personam[22]). Wer mit uns davon ausgeht, daß, so oft eine Person einer anderen etwas schuldig ist, ein Schuldverhältniß vorliegt[23]), muß diese Bezeichnung aufgeben resp. kann sie nur als uneigentliche (auf das Gesammtverhältniß bezügliche) gelten lassen[24]). Im Sinne des § 397 BGB. umfaßt jeder Erlaß das ganze Schuldverhältniß.

II. Dem Erlaß wird in § 397 Abs. 2 BGB. die vertragliche Anerkennung des Nichtbestehens einer Schuld gleichgestellt. Mit gutem Grunde, da im Leben die Aeußerungen, daß man erlasse oder das Nichtbestehen der Schuld anerkenne, vollkommen durcheinanderfließen. Folglich muß auch die Rechtsordnung beide Formen gleichstellen.

Bei der in Rede stehenden Anerkennung handelt es sich um einen sog. negativen Anerkennungsvertrag[25]), der keineswegs wie das in § 781 BGB. besprochene positive Schuldanerkenntniß der Schriftform bedarf[26]). Sobald also diese Anerkennung über ein bestehendes Schuldverhältniß[27]) vertragsmäßig gegeben und genommen ist[28]), hat sie die schuldtilgende Wirkung[29]), falls nicht ein anderer Vertragswille erhellt[30]).

---

20) Z. B. Erlaß der Haftung für Gewährleistung beim Kauf vor Eintritt der Gewährleistungspflicht, Aufhebung eines Vertrags unter Bedingungen 2c.

21) Ueber den im Konkurs unter dem Namen Zwangsvergleich vorkommenden theilweisen Erlaß s. u. Ziff. III.

22) S. z. B. §§ 423, 429 Abs. 3 BGB. Von mehreren Mitbürgen kann dem einen oder allen die Bürgschaft erlassen werden u. s. w.

23) S. o. § 139.

24) Dieses soll wie durch vollständige Erfüllung erledigt sein, oder es soll nur eine einzelne Person daraus ausscheiden.

25) S. u. § 305 bes. Ziff. 2.

26) Wegen der Gleichstellung mit dem Erlasse. S. dazu oben Note 12.

27) Die Annerkennung muß unwahr, mit dem Willen dadurch zu disponiren, erfolgt sein. S. o. § 182 Note 74. Bestand wirklich kein Schuldverhältniß, so ist es durch die Anerkennung nicht aufgegeben.

28) Der einfache Konsens genügt selbst im Schenkungsfalle. S. o. bei Note 11.

29) Ueber die Anerkennung von Einwendungen gegen die Forderung s. u. § 305 Note 21.

30) Ueber diese Fälle s. o. § 182 zu Note 71 ff. Die Quittungsertheilung ist Hauptbeispiel dieser Anerkennung. — Aber gerade in ihr liegt ein solcher Vertrag nicht immer, da die Absicht zu disponiren oder überhaupt einen Vertrag zu schließen, nicht selten dabei fehlt. S. das. bei Note 63—70.

Sie ist eine Verfügung über das Schuldverhältniß[31]). Und zwar regelmäßig eine abstrakte Verfügung, wie der Erlaß. Das Anerkenntniß ist deshalb nicht unwirksam, weil das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses irrthümlich angenommen wurde. Vielmehr hat dies, wie beim Erlaß, nur einen Bereicherungsanspruch wider den Schuldner zur Folge[32]).

Im Uebrigen richten sich die Wirkungen nach dem Inhalt des Anerkenntnisses[33]).

III. Zwangsweise kann ein Erlaß zu Stande kommen im Konkurse über das Vermögen des Schuldners: der sog. Zwangsvergleich[34]). §§ 173 ff. KO.[35]). Die Mehrheit der Konkursgläubiger kann die Minderheit zu theilweisem Erlaß ihrer Forderungen nöthigen und damit den Konkurs beendigen. Hauptzweck des Beschlusses ist, den Schuldner endgültig von seinen bisherigen Verpflichtungen zu befreien, damit er ein neues wirthschaftliches Leben beginnen kann[36]). Dient der Zwangsvergleich so den Interessen des Schuldners, so dient er anderseits auch den Interessen der Konkursgläubiger[37]). Denn um die Ermäßigung zu erreichen, zahlt der Schuldner nicht selten augenblicklich mehr als die Konkursmasse beträgt[38]), und findet dazu Kredit, wenn ihm die Mittel fehlen. Die einsichtigen Gläubiger können den Erlaß daher unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen den Willen anderer durchsetzen. Der Zwangsvergleich erfolgt unter gerichtlicher Autorität[39]).

1. Der Zwangsvergleich setzt Würdigkeit des Gemeinschuldners voraus. Solange der Schuldner flüchtig ist, den Offenbarungseid ver-

---

31) S. o. Note 2.

32) S. o. Note 13 und § 812 Abs. 2 BGB. Das Anerkenntniß kann kondizirt werden.

33) Es gelten entsprechend die oben I Ziff. 2 vorgetragenen Grundsätze.

34) S. über den Zwangsvergleich Löhr in d. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 16 S. 335; F. Wach, Der Zwangsvergleich (ausg. Leipz. Diss. 1896); Kohler, Konkursrecht §§ 71 ff., 101 ff.; L. Seuffert, Konkursprozeßrecht §§ 53 ff. S. dort auch über die Geschichte des Instituts. Hier ist nur die materiellrechtliche Seite anzudeuten.

35) Vor Eröffnung des Konkurses (zu dessen Abwendung) kennt das heutige Recht keinen Zwangsvergleich. S. o. § 186.

36) Andernfalls tilgt die Beendigungdes Konkurses den ungedeckten Schuldenrest ja nicht. S. o. § 183 i. f. — Daß der Zwangsvergleich auch zu einer Stundung führen kann, ist schon erwähnt (oben § 156 i. f.).

37) Arg. § 188 Ziff. 2 KO.

38) Die Konkursmasse umfaßt nicht das sämmtliche Vermögen des Schuldners; es gehört ferner nicht dazu das Vermögen seiner Ehefrau 2c. — Die Zahlung kann nach dem Inhalt des Zwangsvergleiches auch allmählich (in Raten) geschehen.

39) Es handelt sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

weigert[40]) oder wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilt oder in Untersuchung ist, ist der Zwangsvergleich nicht zulässig. S. § 175 KO. Auch steht ein wiederholter Vergleichsversuch[41]) unter dem diskretionären Ermessen des Konkursverwalters (Gläubigerausschusses) und des Gerichts. § 176 KO.

2. Der Zwangsvergleich kommt zwischen dem Gemeinschuldner und der Mehrheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu Stande[42]). Der Gemeinschuldner macht den Vergleichsvorschlag (§§ 173 ff. KO.); die Mehrheit der Gläubiger hat die Befugniß, den Vorschlag anzunehmen und ihn dadurch auch für die Minderheit verbindlich zu machen[43]). Die Mehrheit berechnet sich in erster Linie nach der Höhe der Forderungen: die Zustimmenden müssen mindestens Dreiviertel aller stimmberechtigten Forderungen[44]) repräsentiren[45]). Daneben ist einfache Personenmehrheit der im Vergleichstermin erschienenen stimmberechtigten Gläubiger erforderlich[46]). § 182 KO.

Der Beschluß der Mehrheit ist verbindlich für alle nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger[47]) unter der Voraussetzung, daß er ihnen sämmtlich gleiche Rechte gewährt. Ungleichheiten setzen Zustimmung der Zurückgesetzten voraus; im Uebrigen sind alle Bevorzugungen nichtig[48]). § 181 eod.

Der Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts. Erst mit dieser tritt die Bindung der Betheiligten und über-

40) S. § 125 KO.

41) Wenn der Versuch in demselben Verfahren schon einmal von den Gläubigern abgelehnt, vom Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner (nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung des Vergleichstermins) zurückgezogen wurde.

42) Ueber die Konstruktion s. Kohler § 72; Seuffert § 53 Ziff. 4 und die dort Citirten. Die Mehrzahl der Schriftsteller hält unbedingt an dem Vertragsgedanken fest. Die Wirkung für die dissentirenden Gläubiger wird verschieden erklärt (Vertretung, Gesetz, organisirte Gemeinschaft aller Konkursgläubiger); diejenige für die ausbleibenden Gläubiger meist aus der Kontumaz.

43) Vorbehaltlich des unten bei Note 49 Gesagten.

44) Vgl. §§ 95 ff. KO. Auch die Forderungen solcher Gläubiger sind zu berücksichtigen, die im Vergleichstermine nicht erschienen sind.

45) Ohne Rücksicht darauf, ob die Inhaber der stimmberechtigten Forderungen im Vergleichstermin (bei Abstimmung über den Vergleichsvorschlag) erschienen sind.

46) S. noch oben § 156 Note 51 und § 183 KO. (Der Ehegatte des Gemeinschuldners und unter Umständen Cessionare desselben werden nicht berücksichtigt.)

47) Auch wenn sie ihre Forderungen nicht angemeldet haben oder unbekannt sind.

48) Doch ist von einer Bevorzugung nur dann zu reden, wenn auf der einen oder anderen Seite das subjektive Bewußtsein vorhanden ist (Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 42) und der betreffende Gläubiger effektiv mehr erhält als ihm zukommt (s. eod. Bd. 29 S. 39).

haupt die Wirksamkeit des Beschlusses ein[49]). §§ 184 ff. Die Bestätigung ist zu versagen

a) von Amtswegen im Fall der Unwürdigkeit des Gemeinschuldners (Ziff. 1), sofern sie sich nachträglich herausstellt. Ferner wegen (unheilbarer) Mängel des Verfahrens: z. B. bei der Beschlußfassung, oder weil der Vergleich nicht Allen gleiche Rechte gewährt (s. o.). Endlich, wenn die Gläubiger dadurch nicht wenigstens ein Fünftel ihrer Forderungen erhalten, sofern dies auf einem unredlichen Verhalten, — fakulativ auch wenn es auf einem leichtsinnigen Verhalten des Gemeinschuldners beruht. §§ 186, 187 KO.

b) Auf Antrag eines Gläubigers[50]) ist die Bestätigung zu versagen, wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist[51]). Ferner wenn er dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger[52]) widerspricht. § 188 KO.

3. Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, mögen sie auch gegen denselben gestimmt oder an der Abstimmung[53]) nicht Theil genommen haben. Dagegen können sich Dritte (Mitschuldner, Bürgen des Gemeinschuldners und dritte Pfandbesitzer) nicht auf den Zwangsvergleich berufen. Sie haften in demselben Umfange wie früher (also auch dem Gläubiger für seinen Ausfall). § 193 KO.

Der Gemeinschuldner ist aus dem Zwangsvergleich zur Zahlung verpflichtet[54]), und zwar nach Maßgabe seiner früheren Schuld unter

---

49) Bis dahin kann z. B. der Gemeinschuldner seinen ganzen Vergleichsvorschlag zurückziehen.

50) Der selbstverständlich stimmberechtigt und ein nicht bevorrechtigter Konkursgläubiger sein muß. Hatte er sich bisher nicht betheiligt, so muß er seine Forderung (als stimmberechtigte) glaubhaft machen. Jedenfalls glaubhaft zu machen sind die Thatsachen, auf die der Antrag gegründet wird.

51) Gemeint ist jede Einwirkung auf die Gläubiger, welche mit dem Sittengesetz in Widerspruch steht, insbesondere das Auskaufen eines Gläubigers, Stimmenkauf u. dgl. — Gleichgültig ist, von wem die Begünstigung oder unlautere Einwirkung ausging.

52) Selbstverständlich der nichtbevorrechtigten. S. o. zu Note 42. — Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen. Es wird darauf ankommen, ob, was die Gläubiger nach dem Zwangsvergleiche erhalten, nach Lage der Sache in richtigem Verhältniß zu dem steht, was sie bei Durchführung des Konkursverfahrens erhalten würden.

53) Resp. überhaupt an dem Verfahren.

54) Für die konkursmäßig festgestellten, vom Gemeinschuldner nicht bestrittenen Forderungen ist der Zwangsvergleich Vollstreckungstitel. Sonst muß bei Nichterfüllung des Vergleichs wider den Gemeinschuldner geklagt und Urtheil erwirkt werden. S. § 194 KO. Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 155. (Der Konkurs wird aufgehoben. § 190 KO.)

Berücksichtigung des stattgefundenen Theilerlasses. Rücktritt wegen Nichterfüllung steht den Gläubigern kraft Gesetzes[55]) nicht zu. § 195 eod. Dagegen können sie den Vergleich anfechten, wenn er durch Betrug[56]) zu Stande gekommen ist, — und zwar jeder einzelne Gläubiger in Ansehung des vergleichsmäßigen Erlasses seiner Forderung[57]), sofern er den Anfechtungsgrund im Bestätigungsverfahren ohne Verschulden geltend zu machen außer Stande war. Die Anfechtung vernichtet (arg. § 123 BGB.) mit Beziehung auf seine Person den Zwangserlaß[58]), unbeschadet der dem Anfechtenden durch den Vergleich gewährten Rechte. § 196 KO. Dagegen hebt rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts von selbst und zwar für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte. § 197 KO.[59]).

B. Wegfall der Subjekte*.

§ 196.

Unter diesem Gesichtspunkt kommen zwei Erlöschungsgründe des Schuldverhältnisses in Betracht:

I. Das Erlöschen durch Vereinigung[1]) der Gläubiger- und Schuldnerqualität in derselben Person (confusio). Denn Niemand kann sein eigener Schuldner sein. Sich selbst eine Leistung zu machen, ist ein Unding. Daher versteht es sich von selbst[2]), daß in solchem Falle das Schuldverhältniß untergeht. Das Erlöschen durch

55) Dem Vergleiche kann die sog. kassatorische Klausel (s. o. § 174) einverleibt werden.

56) Strafrechtlichen oder civilrechtlichen (s. o. Bd. I § 95). Der Betrug (enger als die bei Note 51 erwähnte Begünstigung eines Gläubigers) muß für das Zustandekommen des Vergleichs, z. B. für die Abstimmung kausal gewesen sein. S. dazu noch Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 23.

57) Die Anderen berührt dies nicht.

58) S. auch oben Bd. I § 80 zu Note 20 ff.

59) Auf Antrag können Sicherungsmaßregeln für den Fall der Verurtheilung (durch das Konkursgericht) angeordnet, auch beim Vorhandensein genügender Mittel das Konkursverfahren wieder aufgenommen werden. §§ 197 Abs. 2, 198 KO.

*) S. die allgemeine Uebersicht der Erlöschungsgründe oben § 181.

1) Vgl. hierzu Kuntze, Die Obligation § 51; Fitting, Korrealobligation §§ 17—21; Baron, Gesammtrechtsverhältnisse §§ 30—32; Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung (1897); P. Kretschmar, Die Theorie der Konfusion (1899). — Dernburg § 132; Endemann I § 149 Ziff. 2; Mathiaß I § 98; Enneccerus I § 219.

2) Ohne einen besonderen Ausspruch des Gesetzes. S. auch Hellmann Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 437.

Vereinigung ist in einzelnen Anwendungsfällen ausgesprochen. Vgl. §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 2 BGB.[3]). Die Vereinigung tritt hauptsächlich durch Erbgang, aber auch durch Abtretung der Forderung[4]) ein.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses setzt aber voraus, daß die Vereinigung eine dauernde (definitive) ist. Andernfalls tritt, solange die Vereinigung besteht, nur ein Ruhen des Schuldverhältnisses ein[5]). Hieraus erklären sich §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 BGB.[6]). Ebenso erklären sich daraus die Fälle, in denen, wie bei Inhaberpapieren[7]) und häufig im Wechselrecht[8]), ein Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Vereinigung nicht stattfindet, wenn das Papier vorübergehend in die Hände des Gläubigers zurückgelangt.

1. Soweit die Vereinigung den Untergang des Schuldverhältnisses bewirkt, erlöschen mit demselben auch alle davon abhängigen Nebenrechte. Also z. B. Bürgen und Pfänder sind entlastet[9]). Bestehen aber besondere Rechte an der Forderung, z. B. ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht[10]), die durch die Vereinigung aufgehoben werden würden[11]), so ist eine die Vereinigung bewirkende Verfügung über die Forderung[12]) nur unter Zustimmung des Drittberechtigten gestattet. §§ 1071, 1276 BGB.[13]).

---

3) Von diesen Fällen wird erst später an geeigneter Stelle die Rede sein.

4) S. u. §§ 197 ff.

5) Gerade mit Rücksicht darauf scheint das Gesetz sich eines prinzipiellen Ausspruchs über die schuldbefreiende Wirkung der Vereinigung enthalten zu haben. Vgl. Prot. Bd. 1 S. 376. — Solange die Voraussetzung nicht definitiv eingetreten ist, kann auch die Folge nicht eintreten. Immerhin kann in der Zwischenzeit die Forderung nicht geltend gemacht werden, d. i. eben das Ruhen.

6) Diese Bestimmungen sind also nicht, wie der Wortlaut anzudeuten scheint, durch eine Fiktion zu erklären.

7) Vgl. §§ 793 ff., 796 BGB. u. unten § 310 ff.

8) Z. B. beim Erwerb des Wechsels durch den Aussteller, Acceptanten oder früheren Indossanten. Beim Inhaberpapier und trassirt eigenen Wechsel ist sogar die Begründung eines wegen vorläufiger Vereinigung zunächst ruhenden Schuldverhältnisses gestattet. — In allen diesen Fällen ist das Forderungsrecht (gewissermaßen versachenrechtlicht) in höherem Maße Gegenstand des Verkehrs; und daher auch die zeitweilige Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerqualität in einer Person auf den Bestand des Schuldverhältnisses einflußlos.

9) Es gibt aber auch Pfandrechte mit selbständigen Existenzbedingungen, und diese erlöschen durch die Vereinigung nicht (da sie von dem zu Grunde liegenden Schuldverhältniß nicht abhängig sind). Vgl. z. B. §§ 1163, 1177 BGB. (Eigenthümerhypothek) 2c.

10) S. o. Bd. I § 32.

11) Da ihnen dadurch das Substrat entzogen wird.

12) Insbesondere die Abtretung an den Schuldner. Sie würde dem Nießbraucher 2c. gegenüber hier gegen Treu und Glauben verstoßen.

13) Zweifelhaft ist, ob auch eine anderweitige Vereinigung, z. B. durch Erbgang, die Rechte der genannten Personen nicht berührt. Dafür Enneccerus

2. Weil das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung nur darauf beruht, daß Niemand sein eigener Gläubiger sein kann, erstreckt es sich nicht weiter als diese Vereinigung. Z. B. beerbt der Gläubiger den Bürgen, so erlischt nur die Bürgschaft, nicht die Hauptschuld [14]). Aehnlich wenn der Gläubiger einen einzelnen Gesammtschuldner 2c. beerbt, erlischt nur dessen Verpflichtung [15]). Für diejenigen, welche mit uns davon ausgehen, daß so oft eine Person einer anderen etwas schuldig ist, ein Schuldverhältniß vorliegt [16]), versteht sich diese Erscheinung von selbst.

II. Der Tod des Gläubigers oder Schuldners [17]) hebt in der Regel das Schuldverhältniß nicht auf. Denn an Stelle der ursprünglichen Subjekte treten als Parteien deren Erben [18]). Ausnahmen können durch Verabredung der Parteien begründet werden (es wird nur eine für die Lebensdauer wirksame Verpflichtung geschaffen); andere Ausnahmen beruhen auf dem Gesetz: so in §§ 847, 1300 BGB. und bei gewissen familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen [19]). Eine allgemeinere Betrachtung lassen diese Fälle nicht zu [20]).

---

§ 219 Ziff. 2. Aber gerade im Erbrecht finden sich in dieser Beziehung positive Vorschriften. S. §§ 1976, 2143, 2175 BGB.

14) Daß, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner beerbt, auch die Bürgschaftsschuld erlischt, folgt aus dem oben Ziff. 1 Gesagten.

15) Vgl. § 425 Abs. 2 BGB. Die umgekehrte Bestimmung in § 429 Abs. 2 für den Fall der Gesammtgläubigerschaft erklärt sich daraus, daß der Schuldner diesem Gesammtgläubiger leisten und damit das ganze Gesammtschuldverhältniß zum Erlöschen bringen konnte.

16) S. o. § 139 und die Analogie in § 195 Note 23.

17) Vgl. Dernburg § 131; Mathiaß I § 99.

18) Auch hier ist nicht das gesammte Rechtsverhältniß, das häufig mit dem Tode einer Partei endet, sondern das einzelne Schuldverhältniß gemeint. S. o. § 181 Note 1. Z. B. das Amt des Vormunds, ein Auftrag oder entgeltliche Geschäftsbesorgung, eine Gesellschaft, endigen regelmäßig (oder im Zweifel) durch den Tod der geschäftsführenden Partei oder eines Gesellschafters. Aber auf die bereits begründeten einzelnen Verpflichtungen hat diese Beendigung keinen Einfluß. Sie gehen auf die Erben über.

19) Vgl. §§ 1615, 1713 BGB.

20) Nicht hierher gehören die Fälle §§ 317, 530, 532 BGB., da es sich hier nicht um Schuldverhältnisse handelt.

Fünftes Kapitel.

Uebergang von Schuldverhältnissen auf andere Subjekte.

I. Uebertragung der Forderungen (Cession)*.

§ 197.

A. Begriff, Arten und Elemente der Uebertragung.

Das neuere Recht hat keinen Anstand genommen, die Uebertragung von Schuldverhältnissen unter Lebenden durch Sondernachfolge[1]) zuzulassen[2]). Hier wird also das Forderungsrecht auf einen Anderen übertragen, nicht blos dessen Ausübung. Es wird nicht das bisherige Forderungsrecht aufgehoben und zu Gunsten des neuen Gläubigers ein anderes begründet, sondern die Identität des Schuldverhältnisses bleibt gewahrt. Dasselbe rechtliche Band — das auf die Leistung gehende Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner[3]) — wird von der Person des bisherigen Gläubigers abgelöst und auf den neuen übertragen. §§ 398 ff. BGB.[4]). Weil das Schuldverhältniß dasselbe bleibt, gehen auch die mit der abgetretenen Forderung verbundenen Nebenrechte, Pfandrechte, Bürgschaften und konkursmäßige Vorzugsrechte[5]) der Forderung auf den neuen Gläubiger über.

---

*) Vgl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte (3. Aufl. 1836) und A. Schmidt, Die Grundlehren der Cession (I 1863, II 1866); L. Affolter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 296. — Stammler S. 180ff.; Dernburg §§ 133—143; Endemann I §§ 150ff.; Cosack §§ 114, 115; Mathiaß I § 100; Enneccerus I §§ 221—227.

1) Wegen Universalsuccession s. den vor. Paragraphen Ziff. II.

2) S. o. § 138 Ziff. 4 u. Bd. I § 71 Ziff. 3b u. 6. Die Regel war dem deutschen, nicht dem röm. Recht bekannt. Letzteres half sich auf Umwegen (durch die Institute der Novation und der Prozeßvollmacht als mandatum in rem suam). Die neueren Partikularrechte haben die Cession dann als Singularsuccession in das Forderungsrecht — also unter Wahrung der Identität desselben — anerkannt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Entwickelung abgeschlossen, stimmt übrigens im Großen und Ganzen mit derjenigen Rechtsgestaltung überein, zu der die Lehre sich bereits im neuesten gemeinen Rechte durchgerungen hatte. Dieselbe wird nur näher ausgestaltet und einzelne Zweifelspunkte entschieden.

3) Wie Forderungsrechte können daher auch andere, z. B. dingliche Ansprüche, abgetreten werden (vgl. o. § 191 Note 2), ja sogar sonstige Rechte, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt. § 413 BGB. Die betreffenden Fälle sind an den geeigneten Stellen zu erörtern.

4) Sogar auf der Passivseite des Schuldverhältnisses ist jetzt nach §§ 414 ff. BGB. dasselbe möglich. S. u. §§ 202 ff.: Schuldübernahme.

5) S. o. § 183 Note 41.

§ 401 eod. Der Schuldner — auch Pfandschuldner und Bürgen — haben kein Widerspruchsrecht[6]).

1. Dagegen ist im Verhältniß der beiden Gläubiger zu einander der Forderungsübergang entweder ein freiwilliger oder unfreiwilliger.

a) Freiwillig ist der Forderungsübergang, wenn er, wie regelmäßig jede andere Rechtsnachfolge, auf einem Vertrage zwischen dem alten und neuen Berechtigten beruht. Der Vertrag ist ohne Wissen und Willen des Schuldners gültig und vollwirksam. Das Gesetz bezeichnet diesen Vertrag als „Abtretung" der Forderung. § 398 BGB. Der Abtretende ist der bisherige, der Erwerber der neue Gläubiger. Wir reden auch von Cedent und Cessionar. Hinsichtlich des (cedirten) Schuldners bedarf es keiner besonderen Bezeichnung, da er verpflichtet bleibt und bei dem Vertrage nicht mitzuwirken hat.

b) Unfreiwillig, also unabhängig vom Willen insbesondere des bisherigen Gläubigers, tritt die Sonderrechtsnachfolge in Schuldverhältnisse ein

α. auf Grund gerichtlicher Verfügung, welche das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger an einen Dritten überweist. Eine solche Verfügung ergeht nach modernem Prozeßrecht hauptsächlich im Zwangsvollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen: durch Pfändung einer Forderung des Exequendus, und Ueberweisung derselben an Zahlungsstatt zum Nennwerth an den Pfändenden[7]). §§ 828 ff., 835 ff. CPO. Vgl. auch § 408 Abs. 2 BGB. Der Uebergang wird hier durch den gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß (bezw. dessen Zustellung an den Drittschuldner) bewirkt. Der Drittschuldner kann dem betreibenden Theil, als neuen Gläubiger, im Allgemeinen dieselben Einwendungen entgegensetzen, wie bei freiwilliger Ab-

---

6) Das Indossament und die Begebung von Inhaberpapieren enthalten keine bloße Rechtsnachfolge. S. o. Bd. I § 63 zu Note 17 ff.

7) Das Nähere gehört in das Prozeßrecht. Der betreibende Theil hat auf Grund der Pfändung die Wahl, ob er sich die gepfändete Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen will. Im ersteren Fall zieht er sie ein auf Grund seines Pfandrechts, wobei er dem Gläubiger für gehörige Sorgfalt bei der Einziehung haftet (da letzterer das Einziehungsrecht verliert). Aus dem Beigetriebenen kann er sich befriedigen und hat einen eventuellen Ueberschuß an den Gläubiger herauszugeben. Im letzteren Fall tritt der betreibende Theil auf Grund der Ueberweisung als Rechtsnachfolger in die Rechte des bisherigen Gläubigers und erwirbt die gepfändete Forderung zum Nennwerth. Er hat die Rechtsstellung eines Cessionars. Seine eigene Forderung gegen den Exequendus wird durch die Ueberweisung bis zum Nennwerth der überwiesenen Forderung getilgt, sofern nur die letztere wirklich besteht, aber gleichgültig ob sie beitreibbar (der Drittschuldner solvent) ist. § 835 Abs. 2 CPO.

tretung der Forderung[8]). Die Nebenrechte der überwiesenen Forderung[9]) gehen gleichfalls auf den pfändenden Gläubiger über. Letzterer kann vom alten Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft und Herausgabe der darüber vorhandenen Urkunden fordern. § 836 Abs. 3 CPO.[10]).

Auf unpfändbare Forderungen[11]) findet das Ueberweisungsverfahren keine Anwendung; selbstverständlich auch nicht auf solche, die schon civilistisch nicht übertragbar sind (s. u. § 198). Im Konkurse und im Nachlaßverwaltungsverfahren u. dgl. findet zwar auch nicht selten ein nothwendiger Verkauf von Vermögensstücken, also auch von Forderungen des Gemeinschuldners ꝛc. statt, jedoch meist freihändig durch den Verwalter nach den Regeln der freiwilligen Abtretung[12]).

β. Wo kraft gesetzlicher Vorschrift Forderungsrechte oder dingliche Ansprüche ꝛc. an einen Anderen abzutreten sind, bestimmt das Gesetz der Regel nach ohne Weiteres den Rechtsübergang, da die Abtretung meist nur eine unnöthige Formalität sein würde[13]). Der Uebergang vollzieht sich von selbst mit Vollendung des Thatbestandes, mit welchem das Gesetz den Uebergang verknüpft[14]). Die Grundsätze der freiwilligen Abtretung finden entsprechende Anwendung.

---

8) S. insbesondere § 404 BGB. Jedoch sind die §§ 407, 408 BGB. mangels Gleichheit der Sachlage nicht anwendbar, da der Uebergang der Forderung hier erst durch Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner zu Stande kommt. — Ueber das Recht der Aufrechnung in diesem Falle s. o. § 192 Ziff. 5. — Eine Gewährleistungspflicht besteht nicht (aus dem Grunde wie unten § 201 Note 4).

9) S. o. bei Note 5.

10) Konform § 402 BGB. Ueber den Fall, daß der Ueberweisungsbeschluß zu Unrecht erlassen ist, s. § 836 Abs. 2 CPO. Hier eine Sicherungsvorschrift zu Gunsten des gutgläubigen Drittschuldners nach Art des § 409 BGB.

11) S. o. § 186 Ziff. 1.

12) S. z. B. §§ 133 ff. KO. und ähnlich schon oben § 194 Ziff. II.

13) Vgl. über das röm. beneficium cedendarum actionum unten § 201. Hier konnte nur die Cession verlangt werden, sie trat nicht von selbst ein. Irrig war die Meinung von Puchta und Savigny, daß schon im röm. Recht in Fällen der erzwingbaren Cession der Uebergang der Forderung von Rechtswegen eintrete. Noch heute ist diese Unterscheidung festzuhalten (s. die folg. Note), wenn auch in vielen der röm. Fälle heute ein Uebergang von Rechtswegen stattfindet. S. auch § 1251 i. f. BGB.

14) Von dem Uebergang kraft Gesetzes sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das Gesetz nur die Abtretung verlangt, sie aber nicht schon von selbst (ipso iure) eintreten läßt. Die Fälle sind im modernen Rechte seltener, kommen aber gleichfalls vor. S. §§ 255, 281, 323 Abs. 2 BGB. und oben die Lehre vom Schadensersatz. — Wer auf Grund der gesetzlichen Vorschrift ein Recht auf Abtretung hat, kann, wenn die letztere nicht erfolgt, auf deren Vollzug klagen, und ersetzt in diesem Fall (nach einem allgemeinen Grundsatz der Zwangsvollstreckung) das rechtskräftige verurtheilende Erkenntniß die Abtretung. § 894 CPO.

§ 412 BGB. Jedoch vorbehaltlich der Besonderheiten des Falles. Jeder gesetzliche Forderungsübergang beruht auf spezieller Rechtsvorschrift. Näheres unten § 201.

2. Durch den Akt der Uebertragung [15]) geht die Forderung von dem bisherigen auf den neuen Gläubiger über. Die freiwillige Abtretung von Seiten des bisherigen Gläubigers ist eine Verfügung über die Forderung [16]), — eine Zuwendung, deren Gründe so verschieden sein können, wie die von Zuwendungen überhaupt [17]). Die Abtretung kann gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgen. Es ist also die Abtretung von ihrem Grunde zu unterscheiden: nicht anders als z. B. die Uebereignung körperlicher Gegenstände von dem Grunde (Kauf, Schenkung), aus welchem sie geschieht. Nennt man die Uebertragung (nach altem Sprachgebrauch) „Cession", so unterscheidet man Cessionsakt [18]) und Cessionsgrund. Dabei ist die Abtretung regelmäßig ein abstrakter Vertrag [19]), also unabhängig von ihrem Grunde. Nach § 398 BGB. beschränkt sich die Einigung der Parteien bei der Abtretung auf die Uebertragung der Forderung vom alten auf den neuen Gläubiger. Damit geht die Forderung über. Eine besondere Form wird nicht verlangt [20]). So selbst dann nicht, wenn das Grundgeschäft einer Form bedarf. Ein Anderes ist der Grund, ein Anderes die Abtretung [21]), wenn beide auch im Leben häufig verbunden werden [22]). Die Ungültigkeit des Grundgeschäfts zieht die Ungültigkeit

---

15) Mag er in einem Vertrage, in gerichtlicher Anordnung oder gesetzlicher Vorschrift liegen (s. o.).

16) S. o. Bd. I § 74 zu Note 19. Der Uebertragende muß daher die Verfügungsbefugniß über die Forderung besitzen.

17) S. o. Bd. I insbes. § 75. Vgl. die ähnlichen Ausführungen beim Erlaß (oben § 195 zu Note 9).

18) D. i. die Abtretung selbst.

19) Aber nicht nothwendig abstrakt. S. o. § 75 zu Note 11. Der Grund kann im Vertrage angegeben, seine Verwirklichung auch zu einer Bedingung der Abtretung gemacht werden ꝛc.

20) Anders vielfach bei Uebertragung anderer Rechte, im Gegensatze zu einfachen Forderungen (s. o. Note 3). Arg. § 413 BGB.: „soweit das Gesetz nicht ein Anderes vorschreibt". So vornehmlich bei allen im Grundbuch eingetragenen Rechten. Vgl. z. B. §§ 873, 1154 BGB. Darauf ist hier nicht einzugehen.

21) Da letztere formlos ist, wird nach den Umständen nicht selten in dem Abschluß des Grundvertrags zugleich die Abtretung liegen. S. die folg. Note. Es ist Sache der Auslegung, festzustellen, ob die Erklärungen im Grundvertrag als indirekte Zuwendungserklärungen (oben Bd. I § 86) genügen.

22) Da die Abtretung vernünftigerweise nie ohne Grund vorkommt und im Leben die beiden Elemente nicht unterschieden zu werden pflegen, wird das Grundgeschäft mit dem Abtretungsgeschäft häufig in einem Athem abgeschlossen. Z. B. die Forderung wird einfach „verkauft", „verschenkt" u. dgl. Für die juristische Betrachtung aber liegt in dem scheinbar einheitlichen Geschäft ein Doppeltes: der

der Zuwendung nicht ohne Weiteres nach sich [23]). Daher ist auch die Uebertragung gültig, wenn das Grundgeschäft aus irgend einem Anlaß nicht zu Stande kommt [24]), z. B. die Uebertragung als „Geschenk" nicht angenommen wurde [25]), oder wenn der Rechtsgrund der Uebertragung nachträglich hinwegfällt [26]). Bei Hinfall des Grundes kann die Abtretung nur unter Umständen als ungerechtfertigte Bereicherung des Erwerbers rückgängig gemacht werden [27]). Dies ist von besonderer Wichtigkeit für den Schuldner. Da dieser nach der Abtretung an den neuen Gläubiger leisten muß, braucht er [28]) nur die Gültigkeit der Abtretung, nicht auch diejenige des Cessionsgrundes zu prüfen. Die Gründe der Abtretung sind für ihn meistens ganz unkontrollirbar [29]). Daher ist es nur gerecht, wenn Unregelmäßigkeiten in Ansehung des Abtretungsgrundes nur im Verhältniß des alten zum neuen Gläubiger wirken [30]).

Bei der erzwungenen Uebertragung ist entsprechend der Uebergang der Forderung (kraft gerichtlicher Ueberweisung oder von Rechtswegen) von seinem Grunde zu unterscheiden. Bei der gerichtlichen

---

Kauf, die Schenkung 2c. als Grund der Abtretung — und die Abtretung selbst. Weitere Folgen der Unterscheidung s. u.

23) S. o. Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

24) Nur darf der spezielle Ungültigkeitsgrund nicht auch ein solcher für das Uebertragungsgeschäft sein, wie z. B. mangelnde Geschäftsfähigkeit der Partei. Diese vitiirt gleichmäßig beide Geschäfte.

25) Der Rechtsgrund fehlt auch, wenn das Testament, in dessen Ausführung die Uebertragung erfolgte, sich als nichtig herausstellt.

26) Z. B. die Schenkung, in deren Ausführung die Abtretung erfolgte, unterliegt der Zurückforderung nach Pflichttheilsrecht oder wegen Verkürzung der Gläubiger.

27) Nach den allgemeinen Grundsätzen der Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. S. u. §§ 317 ff. Die Abtretung wird kondizirt. — Anders, wenn der Grund zu einer Bedingung der Abtretung gemacht war. S. o. Note 19.

28) Um sich nicht der Gefahr einer Doppelzahlung (oben § 182 Ziff. 3 i. f.) auszusetzen. — Meist geht der dem Schuldner gewährte Schutz noch weiter. S. u. § 199 Note 46.

29) Auf dem Gesagten beruht die Hauptwirkung einer fiduziarischen Abtretung der Forderung. S. o. Bd. I § 76. Was Stammler S. 194 ff. dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. S. auch Dernburg § 135 Ziff. IV. u. Cit. Die fiduziarischen Beschränkungen des Gläubigerrechts des Cessionars gehen den cedirten Schuldner nichts an. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 45, 161; Bd. 25 S. 207; Bd. 30 S. 273; Bd. 39 S. 166.

30) Mit der Erkenntniß der Unabhängigkeit der Abtretung von ihrem Grunde ist folgerichtig auch die Haftung des alten Gläubigers gegenüber dem Erwerber für die Rechtsbeständigkeit und eventuell Beitreibbarkeit der Forderung aus der Cessionslehre entfernt und den hauptsächlichsten in Betracht kommenden Grundverträgen zugewiesen worden. Vgl. §§ 437 ff., 445, 523 BGB. u. unten die Lehre von Kauf und Schenkung. S. Schliemann, Die Haftung des Cedenten (1848), Stammler S. 197 ff.

Ueberweisung liegt der Grund regelmäßig in der Erfüllung, die der betreibende Theil für seine Forderung wider den Exequendus zu beanspruchen hat, — bei Uebertragung kraft Gesetzes in dem Thatbestande, der der gesetzlichen Vorschrift zu Grunde liegt (z. B. Abfindung des bisherigen Gläubigers durch einen Dritten)[31].

B. Von der freiwilligen Abtretung insbesondere.

§ 198.

1. Voraussetzungen.

Im Allgemeinen sind alle Forderungsrechte[1]) übertragbar[2]). Zur Uebertragbarkeit gehört auch nicht die Fälligkeit der Forderung. Auch betagte[3]) und selbst bedingte Forderungen[4]) können abgetreten werden, wenn auch die Beitreibung derselben einstweilen ausgeschlossen ist[5]). Ebenso Forderungen aus unvollkommenen Schuldverhältnissen, wenn dieselben sich nur sonst zur Uebertragung eignen. Desgleichen Forderungen aus gegenseitigen Verträgen[6]), gleichgültig ob der Abtretende schon seinerseits geleistet hat (natürlich wird dabei am sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, z. B. der bedungenen Gleichzeitigkeit oder Reihenfolge der beiderseitigen Leistungen, nichts geändert)[7]).

---

31) S. u. § 201. — Natürlich hat die Unterscheidung bei der erzwungenen Abtretung nicht die Bedeutung wie bei der freiwilligen.

1) Nur müssen sie genügend bestimmt sein. Vgl. die allgemeinen Ausführungen oben § 146 u. Dernburg § 135 Ziff. II.

2) Wegen rechtshängiger Forderungen s. § 265 CPO. u. oben Bd. I § 129 zu Note 12.

3) Z. B. der Anspruch auf künftig erfallende Mieth- und Pachtgelder, auf künftige Rentenbezüge u. dgl.

4) Z. B. im Versicherungsvertrage werden die eventuellen Ansprüche des Versicherten gegen Dritte wegen des versicherten Schadens auf den Versicherer übertragen. Die Forderung aus Vorschüssen eines Vermögensverwalters an den Eigenthümer des verwalteten Vermögens (z. B. an den Mündel) ist cessibel, trotzdem sie vom Ausfall der gesammten Vermögensverwaltung (dem Ergebniß der Schlußrechnung) abhängt.

5) Anderseits kann auch die Abtretung bedingt sein. Hier ist die Gegenleistung bei Ausfall der Bedingung nicht geschuldet. Wohl aber bei Abtretung bedingter Forderungen (aleatorisches Geschäft).

6) S. o. §§ 168 ff.

7) Der Schuldner des abgetretenen Anspruchs kann z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ebenso gegen den neuen Gläubiger erheben, wie er sie gegen den alten Gläubiger erheben könnte. S. auch unten § 200. Ob der Cessionar die Gegenleistung bewirken kann, hängt davon ab, ob ein Dritter erfüllen kann (s. o. § 154). Ob er sie bewirken soll, berührt lediglich sein Verhältniß zum Cedenten. Jedenfalls bleibt der Cedent dem Gegenkontrahenten haftbar.

Jedoch

1. die Abtretung bezieht sich nur auf die einzelne Forderung (den Anspruch), nicht auf das ganze, namentlich ein zweiseitiges Rechtsverhältniß[8]). Aus letzterem (z. B. aus Kauf, Miethe, Geschäftsbesorgungen, Gesellschaft 2c.) können die einzelnen Forderungen abgetreten werden; der Eintritt eines Dritten in das gesammte Verhältniß an Stelle eines bisher Betheiligten durch unsern Vertrag ist nicht möglich[9]).

2. Unübertragbar sind diejenigen Einzelforderungen, deren Inhalt durch Uebergang auf einen anderen Gläubiger eine objektive Veränderung erleiden würde, weil sich damit der materielle Inhalt der Leistung verändert[10]). Ja das Gesetz gestattet die Begründung unübertragbarer Forderungen ohne Rücksicht auf den Inhalt der Leistung durch Rechtsgeschäft des Gläubigers mit dem Schuldner. § 399 BGB. Diese Bestimmung ergänzt sich mit dem oben Gesagten zu einer allgemeinen Regel. Immer ist zuzusehen, ob nach dem Inhalt der Leistungspflicht mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte[11]) der einseitige Gläubigerwechsel dem Schuldner zugemuthet werden kann[12]). Bei vertraglichen

8) Entsprechend wie oben § 181 Note 1. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 377, Bd. 13 S. 11.

9) Er wäre nicht blos Eintritt in Rechte, sondern ebensosehr in die mit diesen Rechten verbundenen Verpflichtungen, zu deren Uebergang der bloße Vertrag eines Betheiligten mit dem Dritten (s. o. § 197 bei Note 6 ff.) keineswegs ausreicht. Vielmehr setzt sich ein solcher Vertrag aus Cession und Schuldübernahme (unten § 202 ff.) zusammen. S. dazu Dernburg § 136 Ziff. II, Enneccerus § 222 II Ziff. 2, Stammler S. 186 ff.

10) Daher sind z. B. nicht übertragbar Forderungen auf Gewährung von Unterhalt, soweit sie nicht auf einen bestimmten Betrag fixirt sind (einzelne verfallene Unterhaltsansprüche sind stets übertragbar). Ansprüche auf Bestellung einer Grund- oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sind nicht übertragbar, weil das zu begründende Recht es nicht ist, also mit Abtretung des Bestellungsanspruchs die geforderte Leistung einen wesentlich anderen Inhalt gewänne. Unübertragbar sind die Ansprüche auf Genugthuung wegen einer erlittenen persönlichen Kränkung (actiones meram vindictam spirantes), s. z. B. §§ 847, 1300 Abs. 2 BGB. In manchen Fällen werden Zweifel übrig bleiben, ob durch die Abtretung der objektive Inhalt der Leistung verändert wird. Darauf beziehen sich die Spezialbestimmungen z. B. in §§ 514, 613, 664 Abs. 2, 717 BGB. Im Uebrigen hat die Auslegung zu walten (s. auch weiter im Text).

11) Mag man die §§ 157 oder 242 BGB. herbeiziehen.

12) Z. B. der Anspruch aus einem Vorvertrage ist nicht blos (mit Schollmeyer § 399 Note 3 Ziff. 1) dann unübertragbar, wenn der aus dem Vorvertrag Berechtigte im Hauptvertrag Pflichten zu übernehmen hat, sondern allgemein, wenn anzunehmen ist, daß nur dem ursprünglichen Gläubiger der Abschluß des Hauptvertrags zugesichert werden sollte; also wohl sicher beim pactum de donando, da ich wohl gern den Einen, aber nicht den Anderen beschenken will. — Die Ansprüche aus Miethe und Pacht auf Benutzung

Schuldverhältnissen wird es im Zweifel darauf ankommen, ob nach den Umständen die einseitige Substitution einer anderen Person als Gläubiger für die Gegenpartei (den Schuldner) im Sinne eines wesentlichen Irrthums wirken würde. In diesem Falle kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Unübertragbarkeit entgegensetzen[13]).

Die Schlußbestimmung des § 399 stellt eine sehr wichtige Unterscheidung klar[14]). Eine Privatübereinkunft kann kein dritten Personen gegenüber wirksames Veräußerungsverbot schaffen. Aber ein Anderes ist es, die Uebertragbarkeit vorhandener Lebensgüter ausschließen, oder wie hier ein seinem Inhalt nach beschränktes Recht schaffen[15]). Der Schuldner muß die Befugniß haben, sich in beschränkter Weise zu verpflichten[16]), also auch so, daß er nur einer bestimmten Person leisten will und keinem Anderen[17]). Nur in zwei Punkten war dies (im öffentlichen Interesse) zu beschränken. Nämlich

a) Unübertragbare Forderungen sind regelmäßig auch unpfändbar[18]). Da nun die willkürliche Begründung unübertragbarer Forderungsrechte durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner dazu mißbraucht werden könnte, Forderungen unpfändbar zu machen, schließt das private Abtretungsverbot die Pfändung nicht aus[19]). § 851 CPO.

b) Hatte der Schüldner eine Urkunde über die Forderung

---

der Sache 2c. sind nur dann übertragbar, wenn nach Anleitung des § 549 BGB. die Untermiethe gestattet ist.

13) Trotz seines guten Glaubens. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 164, Bd. 38 S. 308. S. jedoch unten lit. b.

14) Durch den Schlußsatz wird die erste Hälfte keineswegs überflüssig. Diese bestimmt die Unübertragbarkeit kraft Gesetzes bei allen Schuldverhältnissen und im Sinne einer zwingenden Rechtsvorschrift.

15) S. schon oben Bd. I § 85 Ziff. 4 bes. Note 32. Der I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs verkannte noch diese Unterscheidung. Die Begründung unabtretbarer Forderungen war im gemeinen Recht überwiegend zugelassen. S. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 164.

16) Dies kann auch nachträglich durch Vertrag mit dem Gläubiger geschehen. Es liegt darin nur eine gestattete Aenderung des Schuldinhalts, eventuell eine Schuldumwandlung. Anderseits macht einfache Zustimmung des Schuldners zur Abtretung die Forderung wieder übertragbar.

17) Beispiele aus dem modernen Leben sind die Unübertragbarkeit der Eisenbahn-, insbesondere Rückfahr- und Rundreisekarten, — von Bankdepotscheinen, Versicherungspolicen 2c. — Nur eine Erweiterung ist es, wenn der Schuldner sich blos einem gewissen Personenkreise oder Personen, die eine gewisse Eigenschaft haben, verpflichten will. Dann ist die Uebertragung an andere Personen ausgeschlossen.

18) Weil die Pfändung einen Theilübergang der Forderung involvirt. S. auch unten Note 29.

19) Es sei denn, daß der Leistungsgegenstand seiner Natur nach unpfändbar ist. § 851 Abs. 2 CPO. Vgl. über die unpfändbaren Gegenstände oben § 186.

ausgestellt, welche die Unübertragbarkeit der Forderung nicht erwähnt, so kann der Ausschluß der Abtretung dem neuen Gläubiger, der die Forderung mit Beziehung auf die Urkunde erwarb, nur dann entgegengesetzt werden, wenn ihm zur Zeit seines Erwerbs der Ausschluß der Uebertragbarkeit bekannt war oder bekannt sein mußte[20]). § 405. Andernfalls muß dem dritten Erwerber der Forderung der Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu Theil werden.

3. Auch Theile einer Forderung sind übertragbar, wenn die Leistung sich an mehrere Personen vertheilen läßt[21]). Ob dies der Fall ist, beurtheilt sich nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten resp. nach der Verkehrssitte[22]). Aehnlich sind Nebenrechte für sich allein[23]) nur dann übertragbar, wenn sie selbständig existiren können und selbständigen Werth haben; daher nicht unselbständige Pfandrechte[24]), Ansprüche aus Bürgschaften und anderen Sicherungsrechten[25]), wohl aber Ansprüche auf Zinsen und Vertragsstrafe ohne Rücksicht auf deren Verfall[26]). Die Uebertragung mit dem Hauptanspruch ist allgemein zulässig, ja vollzieht sich nach § 401 BGB. sogar von selbst[27]).

4. Ferner gibt es noch zahlreiche positive Abtretungsverbote. Von diesen ist

a) das wichtigste, daß eine Forderung, soweit sie unpfändbar ist, auch nicht abgetreten werden kann[28]). Dies versteht sich keineswegs von selbst. Daß Zugriffsverbot schützt die Person vor ihren Gläubigern; das Abtretungsverbot schützt sie zunächst vor sich selbst und nur mittelbar vor den Gläubigern. Daher folgt logisch nur aus dem Abtretungsverbot dasjenige der Pfändung[29]), nicht aus dem Pfändungs-

---

20) S. o. Bd. I § 111 Ziff. 2. Die Kenntniß resp. die Erkennbarkeit des Ausschlusses hat der Schuldner zu beweisen.

21) Z. B. eine Kaufpreisforderung von 1000 Mark kann zur Hälfte 2c. abgetreten werden.

22) Z. B. Theaterbillets 2c., die Ansprüche aus sog. „Pension" in einem Gasthause können nicht von dem Einen zur Hälfte benutzt und dann der Rest an einen Anderen abgetreten werden. Die ganze Leistung ist für eine Person bestimmt. Dernburg § 137 Ziff. V.

23) Ohne den Hauptanspruch.

24) Vgl. §§ 1153, 1250 BGB.

25) Vgl. o. Bd. I §§ 134—137. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 278.

26) S. o. zu Note 3. Dernburg § 137 i. f.; Schollmeyer § 399 Note 1. A. M. wegen einer noch nicht verfallenen Vertragsstrafe d. preuß. Obertribunals, weil das preuß. Recht die Strafe als vereinbartes Interesse ansah.

27) S. o. § 197 zu Note 5. Wird die Uebertragung ausgeschlossen, so erlöschen die Neben- und Sicherungsrechte, soweit sie nicht selbständige Existenz besitzen. Vgl. §§ 1153, 1250 BGB. und unten das Sachenrecht.

28) S. über die unpfändbaren Forderungen § 850 BGB. und die oben § 186 bei und in Note 7 ff. cit. Gesetze.

29) Geschähe dies nicht, so könnte das Abtretungsverbot durch Schulden-

verbot ein solches der Abtretung[30]). Gleichwohl verbietet unser Gesetz jetzt generell die Abtretung unpfändbarer Forderungen aus wirthschaftlichen Gründen[31]). § 400 BGB.

b) Andere Abtretungsverbote sind in besonderen Gesetzen enthalten. Zum Theil ergeben sie sich schon aus einem Beschlagnahmeverbot[32]). Hinsichtlich der Ansprüche von Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrern auf Besoldung, Ruhegehalt, Warte-, Wittwen- und Waisengelder bewendet es bei den Vorschriften des Landesrechts. Art. 81 EG.BGB.[33]). Dagegen sind manche ältere Abtretungsverbote und Beschränkungen beseitigt[34]).

§ 199.

2. Vollzug der Abtretung.

Durch den Abtretungsvertrag zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger wird die Forderung unmittelbar auf den Erwerber übertragen. Also mit Abschluß dieses Vertrages[1]) tritt der neue Gläubiger an Stelle des bisherigen Gläubigers. § 398 BGB. Der Uebergang der Forderung ist damit vollendet[2]).

---

kontrahirung im Wege der darauffolgenden Zwangsvollstreckung illusorisch gemacht werden. S. auch § 851 Abs. 1 CPO.

30) Daher werden in zahlreichen älteren Reichsgesetzen das Abtretungs- und Pfändungsverbot nebeneinander ausgesprochen. S. z. B. § 2 Abs. 2 RG. betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869.

31) Die Person soll sich nicht selbst der nothwendigsten Hülfsquellen berauben können. — Abgesehen davon bestehen noch immer Divergenzen. Z. B. der Pflichttheilsanspruch ist zunächst unpfändbar (bis er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist), aber übertragbar. § 2317 Abs. 2 BGB. resp. § 852 CPO.

32) S. o. zu Note 31. Die Hauptgesetze sind in § 186 bei Note 7 ff. angegeben. Vgl. Mandry-Geib, Civilr. Inhalt der Reichsgesetze § 21 S. 244 ff.

33) Vgl. die oben § 192 Note 42 cit. Bestimmungen.

34) So das röm. Verbot der Cession rechtshängiger Ansprüche (s. o. Note 2); das Verbot der cessio in potentiorem (denn heute ist Jedermann vor dem Gesetze gleich). — Endlich sind auch die in der röm. lex Anastasiana (l. 22 Cod. mandati 4, 35) liegenden Cessionsbeschränkungen (Unzulässigkeit der Geltendmachung der cedirten Forderung zu einem höheren Betrage als dem dafür gezahlten Preise) beseitigt. So schon in zahlreichen früheren Partikularrechten und in Art. 299 des alten HGB. Soweit Wucher vorliegt, s. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a.

1) D. h. mit der Uebereinkunft der Parteien hinsichtlich des Uebergangs der Forderung. S. o. § 197 Ziff. 2, Bd. I §§ 89 ff. — Ueber den Vertragsabschluß in blanco (Blankocession) s. Dernburg § 135 Ziff. III. Der Vertragsschluß ist gültig. In der Uebermittelung des Blanketts an den Ausfüllenden liegt ein vollgültiger Vertragsantrag; die Ausfüllung ist Annahme im Sinne des § 151 BGB.

2) S. o. § 197 über die Formlosigkeit des Vertrages. Die Uebergabe der Urkunden, in denen die Forderung verbrieft ist (§ 402 BGB.), ist also zur Uebertragung derselben nicht erforderlich.

1. Selbstverständlich gilt dies unter den Parteien. Es gilt aber auch im Verhältniß zu Dritten, die an dem Abtretungsvertrage nicht direkt betheiligt sind. Daher können die Gläubiger des Abtretenden von nun an die Forderung nicht mehr mit Beschlag belegen[3]), wohl aber können dies die Gläubiger des Cessionars. Die Forderung ist ein Bestandtheil des Vermögens des Cessionars bezw. seiner Rechtssphäre geworden. Ist die Forderung vom alten Gläubiger mehrmals abgetreten, so hat sie der erste Cessionar erworben. Der zweite erhält sie nicht, wenn er sich auch in gutem Glauben befand (also die erste Abtretung nicht kannte). Ein selbständiger Schutz des guten Glaubens fehlt hier, weil er nicht durchführbar ist[4]).

2. Anders ist das Verhältniß zum cedirten Schuldner. Konsequent müßte mit dem Vollzug der Abtretung lediglich der Erwerber der Forderung berechtigt sein, die Leistung zu verlangen, der ursprüngliche Gläubiger nicht mehr[5]). Aber die Abtretung entzieht sich häufig der Kenntniß des Schuldners, und er ist vor der Gefahr von Doppelzahlungen[6]) zu schützen. Dieselbe Gefahr besteht auch für andere Rechtsakte, die der Schuldner in Unkenntniß der Abtretung noch mit dem alten Gläubiger vornimmt[7]) und deren Wirkung davon abhängt, daß sie gegenüber dem richtigen Gläubiger vorgenommen werden. Daher wurde von Alters her die Wirkung der Cession gegenüber dem Schuldner an eine förmliche Benachrichtigung desselben von der Abtretung geknüpft[8]): sog. Denuntiation. Unser Gesetz löst den Vorgang in verschiedenen Stadien auf[9]).

---

3) Wird sie von ihnen gepfändet, so hat der neue Gläubiger das Recht zu interveniren. § 771 CPO. — Die abgetretene Forderung fällt nicht mehr in die Konkursmasse des Cedenten.

4) Es fehlt an Mitteln zur geeigneten Erkennbarmachung des Vertrages gegen Dritte. Billigkeit gegen den zweiten Cessionar involvirt eine Unbilligkeit gegen den ersten. Es bleibt daher bei dem allgemeinen Satze (oben Bd. I § 71 Note 12): nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet.

5) Es sei denn als Vertreter des Erwerbers auf Grund der allgemeinen Vorschriften. — Das Gleiche gilt in Ansehung einer Verfügung über die Forderung. Nicht mehr der ursprüngliche Gläubiger, sondern nur der Erwerber kann die Forderung weiter übertragen ꝛc. S. Ziff. 1 i. f.

6) Auf Grund des oben § 182 Ziff. 3 i. f. Gesagten.

7) Ebenso bei mehreren successiven Abtretungen (oben Note 4), wenn der Schuldner den richtigen Cessionar nicht kennt.

8) So nach der bis zuletzt herrschenden gemeinrechtlichen Lehre, nach dem Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 413 ꝛc.

9) Es handelt sich um Vorschriften zu Gunsten Dritter, d. i. hier des Schuldners. Die Abtretung selbst ist mit der formlosen Willenseinigung zwischen Cedenten und Cessionar vollendet. S. o. Note 2.

a) Solange der Schuldner die Abtretung nicht kennt, gilt ihm gegenüber der bisherige Gläubiger fortdauernd als der Berechtigte. Er ist also fortdauernd zum Empfang der Leistung legitimirt; der Schuldner wird durch Zahlung an den Cedenten befreit. Dasselbe gilt für andere Rechtsgeschäfte des Schuldners mit dem Cedenten, z. B. Stundung der Forderung, Erlaß, Schuldumwandlung, Kündigung 2c. Der neue Gläubiger muß diese Akte gegen sich gelten lassen. Das nach der Abtretung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner ergangene rechtskräftige Urtheil[10]) bindet den neuen Gläubiger[11]). § 407 BGB. Der Gegenbeweis der Kenntniß[12]) des Schuldners von der Abtretung[13]) liegt dem neuen Gläubiger ob[14]). Entsprechend ist die Behandlung bei mehrmaliger Abtretung derselben Forderung[15]), wenn die spätere Abtretung dem Schuldner früher als die erste bekannt wurde[16]). § 408. Hier muß der erste Cessionar[17]), dessen Rechtserwerb dem Schuldner nicht bekannt war, die oben erwähnten zwischen dem Schuldner und späteren Cessionar vorgenommenen Rechtsakte gegen sich gelten lassen.

Dies ändert sich auch nicht durch ein bloßes Gerücht der Abtretung, das zu dem Schuldner dringt. Denn häufig sind solche Gerüchte falsch; dem Schuldner ist jedenfalls nicht zuzumuthen, das Gerücht auf seine Richtigkeit zu kontrolliren und die Gefahr falscher Information zu tragen. Nur braucht er jetzt auch dem ursprünglichen Gläubiger nicht mehr zu leisten[18]), sondern kann sich abwartend verhalten[19]). Ebensowenig braucht er sich mit dem angeblichen Cessionar

---

10) Wegen Abtretung nach der Rechtshängigkeit s. § 265 CPO. u. oben Bd. I § 129.

11) Näheres in Ansehung der Rechtskraftwirkungen bei Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 390 ff. bes. S. 403 ff.

12) Kennenmüssen genügt nicht.

13) Im Augenblick der Vornahme des Rechtsakts; — bei Rechtsstreitigkeiten im Augenblick des Eintritts der Rechtshängigkeit. § 407 Abs. 2 BGB.

14) S. auch die Fassung des § 407 Abs. 1 u. 2 i. f.

15) Auch Anerkenntniß des bisherigen Gläubigers (selbst nicht schriftliches), daß die Forderung kraft Gesetzes (unten § 201) auf einen Anderen übergegangen sei, und zwangsweise gerichtliche Ueberweisung einer bereits abgetretenen Forderung an einen Gläubiger des Cedenten (s. o. § 197 Ziff. 1b).

16) Bei gerichtlicher Ueberweisung durch die erforderliche Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 835 Abs. 3 CPO.).

17) Als wahrer Gläubiger (s. o. Note 2 u. 4).

18) Denn wenn abgetreten war, ist er nicht mehr der Gläubiger. S. bei Note 2.

19) Da er nicht weiß, wem er verpflichtet ist. — Wird er vom alten Gläubiger verklagt, so kann er dem angeblichen Cessionar den Streit verkünden und nach § 72 CPO. verfahren. — Er kann aber auch schon vorher nach unsern früheren Ausführungen hinterlegen (s. o. § 189 ff.).

als neuen Gläubiger einzulassen. Er braucht ihm also nicht zu zahlen[20]; eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers kann er unverzüglich zurückweisen[21]). Arg. § 410 Abs. 1.

b) Erlangt der Schuldner sichere Kenntniß von der Abtretung, so steigert sich das Gläubigerrecht des Cessionars insofern, als der Schuldner dem alten Gläubiger[22]) nicht mehr erfüllen darf u. s. w.[23]). Dessen Legitimation zur Forderung ist nunmehr zerstört: der Schuldner hätte sich einfach mit einem Nichtgläubiger eingelassen. Von sicherer Kenntniß wird man insbesondere dann reden, wenn die Abtretung von der einen oder anderen Partei dem Schuldner mitgetheilt worden ist. Das dringendste Interesse an dieser Mittheilung hat der Cessionar, und zwar wird er zweckmäßig[24]) eine solche Art der Mittheilung wählen, welche ihm den Beweis der letzteren sichert[25]). Dagegen hat diese Kenntnißgabe von der Abtretung noch nicht die Folge, daß der Schuldner nunmehr dem neuen Gläubiger leisten müßte[26]). Die bloße Bekanntgabe genügt in dieser Hinsicht den Interessen des Schuldners nicht, der vielmehr auch seinerseits einen Beweis der Abtretung verlangen kann[27]). So ist denn schließlich

c) zur vollen Legitimation des Cessionars gegenüber dem Schuldner eine formale Anzeige der Abtretung durch Urkunde[28]) erforderlich, die vom bisherigen Gläubiger ausgeht und den Cessionar als neuen Gläubiger benennt[29]). Diese Urkunde ist dem

---

20) Die freiwillig geleistete Zahlung ist gültig.

21) D. i. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB. Die Zurückweisung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Rechtzeitig erfolgt, macht sie den Rechtsakt des angeblichen Gläubigers wirkungslos.

22) Resp. dessen Rechtsnachfolgern, d. i. auch späteren Cessionaren.

23) Erlaß, Kündigung, Stundung ꝛc. des alten Gläubigers braucht der Cessionar nicht mehr gegen sich gelten zu lassen.

24) Weil er eventuell die Unwirksamkeit der Zahlung ꝛc. an den alten Gläubiger beweisen muß. S. o. bei Note 14.

25) Insbesondere auch in Ansehung der Zeit der Mittheilung. Z. B. durch Boten, eingeschriebenen Brief ꝛc.

26) Oder Kündigung, Mahnung desselben annehmen muß. — Freiwillige Zahlung an den Cessionar ist gültig (s. o. Note 20), — Kündigung oder Mahnung des Cessionars sind wirksam, wenn sie nicht unverzüglich zurückgewiesen werden (Note 21).

27) Aus ähnlichem Gesichtspunkt, wie er auch Quittung verlangen kann, widrigenfalls er zur Zahlung nicht gezwungen werden darf. Im vorliegenden Fall könnte nach stattgefundener Leistung an den Cessionar der alte Gläubiger die Abtretung leugnen und die Schuld nochmals einklagen. Demgegenüber müßte dann der Schuldner die erfolgte Abtretung beweisen. Dies ist ihm nicht zuzumuthen.

28) Also eine Art Denuntiation in dem bisherigen Sinne.

29) Wenn auch nicht expressis verbis. Z. B. sie kann auf den „Ueberbringer" lauten (s. u.).

Schuldner spätestens bei der Zahlung auszuhändigen[30]), bei anderen Rechtsakten des Cessionars gegenüber dem Schuldner wenigstens vorzulegen[31]). Die Anzeige ist als eine Art Ueberweisung des Schuldners an den neuen Gläubiger gedacht. Es liegt in ihr eine Bewilligung des alten Gläubigers, daß der Schuldner an den bezeichneten Erwerber zahle resp. sich an ihn als seinen nunmehrigen Gläubiger halte. Diese Anzeige befreit das Gläubigerrecht des Cedenten von seinen früheren Beschränkungen. Ihr Vorbild ist die Anzeige einer Vollmacht[32]): insbesondere nimmt sie an deren eigenthümlich konstitutiven Wirkungen Theil[33]). Dem Dritten — hier dem Schuldner — wird von der Gegenpartei mitgetheilt, daß ein Anderer an ihre Stelle trete (hier freilich in rem suam) und dadurch zur Geltendmachung der in Frage stehenden Rechte befähigt. Die Anzeige kann vom alten Gläubiger direkt[34]) an den Schuldner geschehen; die Urkunde kann aber auch[35]) dem neuen Gläubiger eingehändigt und von diesem dem Schuldner vorgelegt werden[36]). § 409 Abs. 1, § 410 BGB.

Die Wirkung dieser „Denuntiation" im Einzelnen ist folgende.

α. Der Schuldner hat nunmehr dem neuen Gläubiger nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu leisten; und zwar ohne Weiteres, wenn er eine direkte Anzeige erhielt, andernfalls nur gegen Aushändigung der Urkunde[37]). Für sonstige Rechtsakte des neuen Gläubigers: Kündigung, Mahnung, bedarf es, wenn dem Schuldner die Abtretung nicht direkt angezeigt war, wenigstens der Vorlegung

---

30) In Verbindung mit einer Quittung des Cessionars (s. o. § 182 Ziff. 5) hat dann der Schuldner den urkundlichen Beweis, daß er durch die Zahlung von seiner Schuld befreit ist.

31) In diesem Falle kann eine Kündigung oder Mahnung des Cessionars vom Schuldner nicht als unwirksam zurückgewiesen werden. § 410 Abs. 1 BGB.

32) An einen bestimmten Dritten. S. o. Bd. I § 104 zu Note 15 ff. Auch der Eintragungsbewilligung im Grundbuchrecht läßt sich die Erklärung vergleichen, die auch von dem ausgeht, der in seinen Rechten eine Einbuße erleidet. Und zwar darum nicht weniger, weil es sich hier nur um eine Erklärung zur Kenntnißnahme handelt. Auch bei der Vollmacht steht die Anzeige der entsprechenden Willenserklärung gleich.

33) S. u. lit. β.

34) Die Erklärung ist empfangsbedürftig. S. § 126 BGB. u. oben Bd. I § 72 Note 5 u. Cit.

35) Wie bei der Vollmacht. S. o. § 104 zu Note 19 ff.

36) Dies wirkt dann in derselben Weise, als hätte der Aussteller der Urkunde dem Schuldner eine unmittelbare Abtretungsanzeige zugehen lassen. — Anderseits hat der neue Gläubiger nach § 403 BGB. ein Recht auf Aushändigung einer solchen (sogar öffentlich beglaubigten) Urkunde, jedoch auf seine Kosten.

37) Aus den Gründen bei Note 27. Die Aushändigung muß Zug um Zug gegen die Leistung geschehen (ähnlich wie bei der Quittung). Das Quittungsrecht des Schuldners bleibt unberührt.

der Abtretungsurkunde. Andernfalls kann der Schuldner den Akt, als für ihn unwirksam, unverzüglich[38]) zurückweisen[39]). § 410. Folgerecht braucht sich der Schuldner ohne solche Anzeige mit dem Cessionar auch auf andere Rechtsgeschäfte über die Forderung nicht einzulassen[40]).

β. Die Bedeutung der Anzeige geht aber noch weiter. Sie hat konstitutive Kraft zu Gunsten des Schuldners[41]) — und zwar die direkte Anzeige sogar dann, wenn sie nicht schriftlich ist[42]). Dies will sagen: Zu Gunsten des Schuldners[43]) ersetzt die Abtretungserklärung die Abtretung; also auch dann, wenn letztere gar nicht erfolgt oder wirkungslos ist[44]). § 409 Abs. 1. Der ursprüngliche Gläubiger hat durch die Anzeige seinen Schuldner dem bezeichneten neuen Gläubiger überwiesen: der Schuldner muß sich darauf verlassen können. Der ursprüngliche Gläubiger muß alle Rechtsakte gegen sich gelten lassen, die der Schuldner in Verfolg der Anzeige mit dem bezeichneten neuen Gläubiger über die Forderung vornimmt[45]), insbesondere die geleisteten Zahlungen[46]), Anderseits braucht der Schuldner die Anzeige nicht zu beachten.

38) § 121 BGB. (ohne schuldhaftes Zögern). S. o. Note 21, 26. Verspätete Zurückweisung macht den Akt nicht unwirksam.

39) Der Schuldner, der den Akt nicht gelten lassen will, hat die unverzügliche Zurückweisung darzuthun. Die Behauptung der Unwirksamkeit des Akts kann der Cessionar durch Nachweis der gleichzeitigen Urkundenvorlage entkräften.

40) Die freiwillige Vornahme ist wirksam, da der Cessionar ja auch ohne die Anzeige wahrer Gläubiger ist.

41) Aehnlich wie die Vollmachtsanzeige nach §§ 171 ff. BGB. die Ertheilung der Vollmacht ersetzt. S. noch Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 384.

42) Dagegen verbleibt es bei dem Erforderniß der Empfangsbedürftigkeit. S. o. Note 34. — Die durch den Cessionar vermittelte Anzeige ist nur in schriftlicher Form denkbar (indem der Cessionar dem Schuldner die Abtretungsurkunde vorlegt).

43) Nicht gegenüber anderen Personen (die übrigens ja auch keine Abtretungsanzeige empfangen haben. Sie ist nur für den Schuldner bestimmt). S. ferner unten Note 47.

44) Z. B. mangels Konsenses der Parteien; infolge Anfechtung wegen Betrugs, Zwangs, wesentlichen Irrthums u. s. w. Ebenso wird eine simulirte Abtretung durch die Anzeige gedeckt (der Schuldner durch Leistung an den bezeichneten Cessionar befreit).

45) Resp. gegenüber dem neuen Gläubiger (Kündigung, Mahnung) und umgekehrt. Ein zwischen diesen Personen ergangenes rechtkräftiges Urtheil wirkt gegen den Anzeigenden.

46) Hiernach braucht der Schuldner, wenn die Anzeige geschah, nicht blos den Cessionsgrund (s. o. § 197 Note 28 ff.), sondern auch die Gültigkeit des Cessionsakts nicht zu prüfen. Er kann sich an die Anzeige halten. — So selbst dann, wenn ihm Mängel des Cessionsakts bekannt sind. Er darf darauf vertrauen, daß er dennoch, wenn er der Anzeige folgt, dem Willen des Cedenten gemäß handelt. (Jene Mängel machen sich dann nur im Verhältniß des Cessionars und des Cedenten geltend, z. B. ersterer muß dem letzteren das Empfangene restituiren u. dgl.)

wenn sie unrichtig ist[47]). Mangels Abtretung ist der Bezeichnete nicht Gläubiger, und der Schuldner kann ihm daraus die entsprechende Einwendung machen.

Selbstverständlich muß die konstitutive Anzeige selbst gültig und wirksam vorgenommen sein. Es gelten die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte[48]).

γ. Schließlich wirkt die Anzeige auch zu Gunsten des darin bezeichneten neuen Gläubigers, insofern sie wenigstens nicht ohne Zustimmung desselben[49]) wieder zurückgenommen werden kann[50]). § 409 Abs. 2. Die einmal ertheilte vollständige Legitimation zur Forderung soll vom Cedenten nicht einseitig wieder entzogen werden können. War die Abtretung unwirksam[51]) und verweigert der in der Anzeige Benannte die Zustimmung zu deren Rücknahme, so kann der Gläubiger gegen ihn auf Ertheilung der Zustimmung nur unter der Voraussetzung klagen, daß die eingeräumte Legitimation zur Forderung als ungerechtfertigte Bereicherung des in der Anzeige Benannten erscheint[52]).

δ. Ein Sonderrecht gilt für öffentliche Kassen als Schuldner des Diensteinkommens, Wartegelds, Ruhegehaltes öffentlicher Beamten, Lehrer, Geistlichen und Militärpersonen[53]), wenn die Bezugsberechtigten den übertragbaren Theil ihrer Bezüge[54]) an einen Dritten abtreten. Hier gilt die Abtretung der Kasse bis zur Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde überhaupt nicht als bekannt. Die positiven Wirkungen der (in der Form ertheilten) Abtretungsanzeige sind die gewöhnlichen. § 411.

---

47) § 409 BGB. ist nur eine Schutzvorschrift zu seinen Gunsten.

48) S. o. Note 32 u. Cit. Ferner Bd. I § 72 Note 5, §§ 83 ff. Ist die Anzeige gefälscht, so trifft der Nachtheil den Schuldner.

49) Wegen Erklärung der Zustimmung gelten die allgemeinen Grundsätze. S. o. Bd. I § 82.

50) Die Zurücknahme ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Schuldner, aber hier in ihrer Wirkung von der Zustimmungserklärung abhängig. Die Reihenfolge der Erklärungen ist wegen § 184 BGB. gleichgültig.

51) Nichtig, oder infolge durchgeführter Anfechtung. S. auch oben Note 44.

52) Die konstitutive Anzeige kann nicht einfach zwangsweise zurückgenommen werden, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht (so Dernburg § 141 II Ziff. 6). Mängel der Abtretung sollen ihr gegenüber zunächst nur im Verhältniß der Parteien untereinander wirken (s. o. Note 46 i. f.). Demgemäß ist die Anzeige lediglich zu kondiziren (s. u. §§ 317 ff.). Das gegen den Beklagten erstrittene rechtskräftige Urtheil ersetzt nach § 894 CPO. die Zustimmungserklärung.

53) Vgl. RBeamtenG. v. 31. März 1873 § 6; RMilitärG. v. 2. Mai 1874 §§ 38, 45. V. v. 13. Aug. 1895 2c.

54) S. o. § 198 Ziff. 4.

§ 200.

3. Wirkungen der Abtretung.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden das Rechtsverhältniß des Abtretenden zum Erwerber der Forderung und das des letzteren zum Schuldner. Dieses ist das wichtigere Verhältniß; jenes setzt sich zum Theil aus fremden Elementen zusammen. Wir erwähnen davon an dieser Stelle nur, was mit der Abtretung selbst unmittelbar zusammenhängt.

I. Das Rechtsverhältniß des Abtretenden zum Erwerber der Forderung beurtheilt sich in erster Linie nach dem Grunde der Abtretung [1]). Danach richtet sich der Umfang des abgetretenen Rechts [2]), die etwaige Gegenleistung des Erwerbers und in Zusammenhang damit die Haftung des Abtretenden für Bestand und Güte [3]) der abgetretenen Forderung [4]). Selbstredend gehen mit der abgetretenen Forderung alle Rechte auf den Erwerber über, die kraft Gesetzes mit derselben verbunden sind [5]), und im Zweifel überhaupt diejenigen Nebenrechte, welche lediglich im Interesse des Hauptrechts bestehen (nach dem Satze: accessio cedit principali). § 401 [6]). Dagegen ist es kein Nebenrecht, wenn bei mehreren successiven Abtretungen der erste Cedent eine Gewährleistung für Bestand und Güte der Forderung übernahm [6]). Es ist folglich der zweite Erwerber nicht ohne Weiteres aus dem Garantieversprechen berechtigt [7]). Eine zur Zeit der Abtretung bereits ver-

1) S. o. § 197 Ziff. 2. Also aus den Regeln des Kaufs, der Schenkung 2c., zufolge deren die Forderung übertragen worden ist.

2) Nicht ganz übereinstimmend Dernburg § 138 Note 1.

3) D. i. thatsächliche Beitreibbarkeit gegenüber dem Schuldner (z. B. mit Rücksicht auf dessen Insolvenz 2c.).

4) S. o. § 173 über die Gewährleistung für entgeltliche Uebertragungen, und im Einzelnen bei Kauf und Schenkung u. s. w. Die Verpflichtung zum Einstehen für den übertragenen Vermögensvortheil ergibt sich aus dem näheren Inhalt des Grundgeschäfts.

5) Vgl. § 1153 Abs. 2 BGB.

6) Z. B. Bürgschaften; Ansprüche auf noch nicht verfallene Zinsen und Vertragsstrafen; Rechte aus einer Vormerkung der abgetretenen Forderung im Grundbuch; ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Erwerber in die Möglichkeit der Zurückhaltung (durch Uebergabe des zurückzuhaltenden Gegenstandes) versetzt wird 2c. Jedoch ist § 401 BGB. nicht zwingend. — Ob im Falle des Ausschlusses des Uebergangs das Nebenrecht untergeht, ist eine andere Frage. S. o. § 198 Note 27.

6) Sondern eine selbständige Verpflichtung des ersten Cedenten gegenüber seinem Nachmann, die nicht der abgetretenen Forderung inhärirt.

7) Dernburg § 138 Note 4 u. Cit. — Aehnlich tritt der Erwerber eines Etablissements (Theaters u. s. w.) durch diesen Erwerb nicht von selbst in die Verträge seines Vorgängers ein.

fallene Vertragsstrafe ist regelmäßig als ein selbständiger Anspruch anzusehen[8]). Dagegen inhäriren der übertragenen Forderung ein darauf bezügliches Anfechtungsrecht[9]); ebenso die Vorzugsrechte (privilegia exigendi), die mit der Forderung im Falle der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbunden sind[10]). § 401 Abs. 2 BGB.

Aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich auch, daß der Abtretende der Geltendmachung der Forderung durch den Erwerber keine Hindernisse in den Weg legen darf. Es verstieße gegen Treu und Glauben und alle Verkehrsregeln, selbst zu verhindern oder zu erschweren, was man dem Anderen an Rechten selbst eingeräumt hat. Vgl. § 157 BGB. Folglich wird der Abtretende dem Erwerber der Forderung ersatzpflichtig, wenn er[11]) nach der Abtretung noch vom Schuldner Erfüllung annimmt oder seine fortdauernde Legitimation zur Forderung zu Rechtsakten mit dem Schuldner mißbraucht, welche den Cessionar benachtheiligen[12]). — Unser Gesetz erweitert dies aber noch zu einer positiven Handlungspflicht des Abtretenden[13]). Danach hat letzterer dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft zu ertheilen[14]) und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden herauszugeben[15]), soweit sie sich

---

8) Nach Verkehrsgrundsätzen. A. M. Schollmeyer § 401 Note 1. — Nach diesen ist auch zu beurtheilen, ob zur Zeit der Abtretung bereits verfallene Zinsen als mitabgetreten anzusehen sind oder nicht. Gemeiniglich wird dies verneint für rückständige Vertragszinsen (sie gelten als Aequivalent für den vom Abtretenden während seiner Gläubigerzeit gewährten Kredit), nicht aber für gesetzliche Zinsen (sie gelten nur als eine Erweiterung des Hauptanspruchs, wie eine Interesseforderung). Die röm. Begründung (daß wegen der usurae legales keine selbständige actio bestehe) ist natürlich nicht mehr maßgebend.

9) Obschon dasselbe kein Forderungsrecht ist, gilt es doch im Zweifel auf Grund des § 413 BGB. als mitabgetreten. — Der Schuldner kann ein ihm zustehendes Anfechtungsrecht nach § 404 dem neuen Gläubiger entgegensetzen.

10) Vgl. § 10 RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; §§ 61 u. 62 KO. S. auch oben § 183 Ziff. 3b. Zu unterscheiden von diesen sog. privilegia causae wären etwaige privilegia personae, die der Abtretende hatte. Diese kommen dem Cessionar nicht zu Gute.

11) S. o. § 199 Ziff. 2.

12) Z. B. wenn er die Forderung erläßt. Vgl. schon l. 55 Dig. de proc. 3, 3; l. 23 Dig. de her. vel. act. vend. 18, 4.

13) Ja sogar des ursprünglichen Gläubigers bei nicht vertraglichem Rechtsübergang. § 412 BGB.

14) S. o. Bd. I § 136. Diese Auskunftspflicht ist gesetzliches Accessorium der Uebertragung im obigen Sinne; daher ist die Auskunft bei mehrmaligen successiven Uebertragungen auch dem letzten Erwerber der Forderung zu ertheilen.

15) Bei mehrmaligen successiven Uebertragungen gilt das Gleiche wie oben. Doch hat der Besitzer der Urkunden in Ansehung der Auslieferung die Schutzrechte eines cedirten Schuldners, wenn er die Urkunden einem Anderen als seinem ursprünglichen Vertragsgegner aushändigen soll.

in seinem Besitze befinden[16]) und nicht für ihn selbst noch von Interesse sind[17]). § 402.

Endlich kann der neue Gläubiger von seinem Rechtsvorgänger die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die erfolgte Abtretung verlangen. § 403. Denn erst durch den Besitz dieser Urkunde wird regelmäßig sein Recht gegen den cedirten Schuldner vollkommen[18]). Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen[19]).

II. Das Rechtsverhältniß des neuen Gläubigers zum Schuldner bestimmt sich nach dem Inhalt der abgetretenen Forderung und dem Umfang der Abtretung. Mangels Beschränkungen in letzterer Hinsicht geht die Forderung grundsätzlich auf den Erwerber so über, wie sie im Momente der Abtretung bestand. Arg. §§ 398, 404 BGB.

1. Da jedoch bis zur Erlangung einer sicheren Kenntniß des Schuldners von der Abtretung ihm gegenüber noch der Abtretende als Gläubiger legitimirt ist[20]), so stehen dem neuen Gläubiger auch die Einwendungen entgegen, welche sich aus in dieser Zeit zwischen dem gutgläubigen Schuldner und dem Abtretenden vorgenommenen Rechtsakten ergeben[21]).

Ferner haben wir gesehen, daß der Schuldner bis zum Empfang

---

16) Der neue Gläubiger kann nach § 952 BGB. die Urkunden auch vindiziren.

17) Also z. B. nicht bei bloßen Theilabtretungen (s. o. § 198 Ziff. 3). So mit Recht Dernburg § 142 Note 3. In solchem Falle kann der Cessionar nach Anleitung des § 444 i. f. BGB. Ertheilung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Urkunde oder eines Auszugs verlangen.

18) S. o. § 199 Ziff. 2c. Die Urkunde dient zu seiner Legitimation als Gläubiger. Zwar genügt nach den dortigen Ausführungen auch eine direkte Anzeige des alten Gläubigers an den Schuldner, und für die Abtretungsurkunde ist öffentliche Beglaubigung nicht vorgeschrieben. Aber der Besitz der beglaubigten Abtretungsurkunde ist für den Cessionar von höchstem Interesse, um Beanstandungen des Schuldners von vornherein auszuschließen. (Selbstredend kann sich der Cessionar auch mit einer nicht beglaubigten Urkunde begnügen.) Die Urkunde muß den Umfang der Abtretung erkennen lassen. Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 195.

19) Weil die Ausstellung lediglich in seinem Interesse erfolgt. — Ein entfernterer Rechtsnachfolger, an den die Forderung weitercedirt wurde, wird (dem oben Note 14 Gesagten entsprechend) die von dem Vormann versäumte Ausstellung der Urkunde nachfordern können. Er muß aber selbst die Kosten tragen (vorbehaltlich eventuellen Regresses gegen seinen Vormann).

20) S. o. § 199 Ziff. 2a.

21) Nicht blos Erfüllung an den bisherigen Gläubiger, sondern z. B. auch Erlaß der Schuld, Kündigung, Mahnung, eingeleitete Prozesse u. dgl. § 407 BGB.

der schriftlichen Abtretungsanzeige des alten Gläubigers dem Cessionar nicht zu leisten braucht[22]).

2. Abgesehen davon aber geht die Forderung so über, wie sie übertragen ist[23]). Demnach stehen dem neuen Gläubiger im Allgemeinen alle Einwendungen entgegen, die auch dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstanden. War also z. B. die übertragene Forderung nichtig, oder erloschen[24]), oder bereits einem Anderen abgetreten[25]), so hat der Erwerber keinen Anspruch wider den Schuldner. Und wenn dem Anspruch des ursprünglichen Gläubigers eine Einrede entgegenstand, steht sie in derselben Weise auch dem neuen Gläubiger entgegen[26]). Gleichgültig ist, ob der Erwerber die Forderung vor Geltendmachung der Einwendung bereits einem Dritten weiter übertragen hat. Der Schuldner kann seine Einwendungen jedem Cessionar entgegensetzen, welcher fordert[27]). Dagegen ist auf den Zeitpunkt der Entstehung des Einwands zu sehen. Um dem Cessionar entgegengesetzt werden zu können, muß der Einwand zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet gewesen sein. D. h. der Rechtsgrund der Einwendung (so wie er sich aus dem konkreten Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt) muß vor der Abtretung liegen, wenn auch der Einwand selbst sich erst nachher daraus entwickelt hat oder hervortritt[28]).

---

22) S. o. § 199 Ziff. 2c Note 28 ff. Andere einseitige, vom neuen Gläubiger wider ihn vorgenommenen Rechtsakte (Kündigung, Mahnung) kann er durch unverzügliche Zurückweisung unwirksam machen. § 410 BGB.

23) Daß die dem Abtretenden versprochene Gegenleistung dafür ohne Bedeutung ist, wurde schon erwähnt. (S. o. § 198 Note 34 über die Aufhebung der röm. lex Anastasiana). Der Cessionspreis richtet sich, wie bei anderen Abtretungen, nach Angebot und Nachfrage. Die Cession ist ein Verkehrsgeschäft. — Anders in den in § 201 unten besprochenen gesetzlichen Abtretungsfällen.

24) Z. B. bezahlt oder erlassen.

25) Vorbehaltlich der Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die kollidirende zweite Abtretung dem Schuldner früher als die erste bekannt resp. angezeigt wurde. S. § 408 BGB. u. oben § 199 Ziff. 2.

26) Es sei denn, daß der Einwand auf die Person beschränkt war, wie z. B. aus einem pactum de non petendo in personam als Stundung für die Gläubigerzeit des Cedenten. S. auch Prot. Bd. 1 S. 388: der Cedent als Ausländer kann wegen völkerrechtlicher Retorsion nicht fordern (obschon mir zweifelhaft ist, ob die Retorsionsvorschrift durch einfache Cession der Forderung sollte umgangen werden können).

27) Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 330.

28) Z. B. dem Cessionar des Kaufpreises steht der Einwand der Entwährung von Seiten des Käufers auch dann entgegen, wenn die Entwährung selbst erst nach der Abtretung erfolgte. Bei gegenseitigen Verträgen, aus denen die eine Forderung cedirt ist, steht dem Cessionar die Einrede des nichterfüllten Vertrages (oben § 169) entgegen, auch wenn der Cedent erst nach der Abtretung nicht leistet. Ebenso, wenn dem Cedenten nach der Abtretung die

Von dem vorbesprochenen Grundsatz gibt es — im Interesse des gutgläubigen Verkehrs — zwei Ausnahmen.

a) War die abgetretene Forderung simulirt und ist sie unter Vorlegung einer zum Schein darüber aufgenommenen Urkunde abgetreten, so kann dem gutgläubigen Erwerber der Einwand des Nichtbestehens der Forderung nicht entgegengesetzt werden[29]). Dasselbe gilt für die simulirte Anerkennung einer Schuld, sowie für den Fall, daß eine wirklich existirende, aber zufolge Parteivereinbarung unübertragbare Forderung in einer Urkunde verbrieft war, welche die Unübertragbarkeit nicht erwähnte[30]). § 405 BGB. In allen diesen Fällen[31]) verstieße es gröblich wider Treu und Glauben, wenn der aus der Urkunde nicht ersichtliche Einwand dem gutgläubigen Erwerber entgegengesetzt werden könnte. Der Schuldner selbst hat hier durch die Beurkundung zur Täuschung Dritter beigetragen. Er kann daher den Mangel der Forderung wider den Cessionar nur mit dem Nachweis geltend machen, daß letzterer den wahren Sachverhalt kannte oder kennen mußte[32]). Ueberträgt der gutgläubige Erwerber die Forderung weiter, so ist die Geltendmachung des Einwands gegenüber dem weiteren Cessionar von dessen persönlichem guten oder schlechten Glauben abhängig[33]). Ebenso wenn ein schlechtgläubiger Erwerber die Forderung weiterübertrug[34]). Aber auch hier immer unter der Voraussetzung, daß die Uebertragung unter Vorlegung der Urkunde erfolgte[35]).

Gegenleistung unmöglich wurde oder wenn er mit derselben in Verzug geräth. §§ 323—326 BGB. Dem Cessionar steht entgegen, wenn das übertragene Recht auflösend bedingt war und die Bedingung nach der Abtretung eintritt.

29) S. über den allgemeinen Zusammenhang dieser Vorschrift oben Bd. I § 93 Ziff. 2a. Daselbst auch Note 9 für den Fall, daß keine Beurkundung stattgefunden hat. § 405 BGB. ist dann nicht anwendbar.

30) Auch hier unter der Voraussetzung, daß die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgte.

31) Andere Fälle werden von der Vorschrift des § 405 nicht getroffen. S. schon Note 29. Ferner z. B. nicht der Fall, wo eine Darlehensurkunde in Erwartung der Valuta ausgestellt wurde, deren Zahlung alsdann unterblieb. Oder wenn neben der schriftlichen Vereinbarung über einen Vertrag noch sonstige Nebenabreden (z. B. nachträglich) getroffen sind, die in der Urkunde keine Erwähnung gefunden haben, sofern dies nicht absichtlich zur Täuschung Dritter geschehen ist. Simulation setzt Dolus voraus.

32) S. o. Bd. I § 111 i. f.

33) Also ist letzterer in mala fide, so steht ihm der Einwand der Simulation entgegen, trotzdem derselbe seinem Autor nicht entgegengestanden hatte. Man denke z. B. an den Fall einer Rückcession an den ursprünglichen Gläubiger.

34) Der Zweck der Vorschrift des § 405 könnte sonst durch die bloße Einschiebung eines Mitwissers als ersten Cessionar vereitelt werden.

35) Denn auf der Nichterkennbarkeit des wahren Sachverhalts aus der Urkunde beruht die ratio des § 405. — Nur die Konstruktion des Textes bleibt mit

b) Umgekehrt wird der Kreis der Einwendungen wider den neuen Gläubiger erweitert zum Zwecke der Aufrechnung mit Gegenforderungen, die dem Schuldner wider seinen bisherigen Gläubiger zustehen[36]). Aus dem sub Ziff. 1 Gesagten würde folgen, daß der Schuldner mit Gegenforderungen wider den bisherigen Gläubiger aufrechnen kann, bis er von der Abtretung sichere Kunde erhielt. Nach den Grundsätzen der Aufrechnung ist dies dahin zu präzisiren, daß es genügen muß, wenn bis zum gleichen Zeitpunkt nur die Aufrechenbarkeit der beiden Forderungen eintrat. Die Aufrechnungserklärung kann auch noch später — gegen den neuen Gläubiger — erfolgen[37]). Aber auch damit wird dem Verkehrsinteresse noch nicht ausreichend gedient. Häufig erwirbt der Schuldner eine Forderung in der Absicht, um damit aufrechnen zu können, und beide Forderungen sind noch nicht fällig als die Abtretung erfolgt. Hier wird die Aufrechnung durch die dazwischentretende Abtretung der Gegenforderung und Bekanntgabe der Cession an den Schuldner durchkreuzt; und dennoch wäre es ungerecht, hier niemals Aufrechnung zuzulassen, da doch der Abtretende durch sein einseitiges Vorgehen dem Schuldner die Aufrechnung abschneidet. Demgemäß sieht unser Recht darauf, ob der Schuldner im Augenblicke der Erlangung sicherer Kenntniß von der Abtretung schon eine wohlbegründete Rechtsaussicht auf die Aufrechnung hatte[38]). Dies ist der Fall

α. wenn er seine Forderung in aufrechenbarem Zustand vor Erlangung sicherer Kenntniß[39]) von der Abtretung erworben hatte;

β. wenn die Forderung in diesem Augenblicke[40]) wegen mangelnder Fälligkeit noch nicht aufrechenbar war, sofern sie nur früher oder gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung fällig wurde[41]). § 406 BGB.

---

dem System der Schutzvorschrift überall in Einklang. Weder von den Motiven noch von den verschiedenen Schriftstellern werden die in Betracht kommenden Fragen gleichmäßig beantwortet.

36) Vorausgesetzt, daß die Aufrechnung gegenüber dem bisherigen Gläubiger zuläßig war. Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 206.

37) S. o. § 193.

38) Dasselbe gilt entsprechend, wenn mehrere Abtretungen hintereinander erfolgt sind. Hier kann der Schuldner dem letzten Cessionar ganz mit derselben Maßgabe eine Forderung zur Aufrechnung entgegensetzen, die er gegen einen Zwischencessionar hatte. S. auch Dernburg § 140 zu Note 5.

39) Um so mehr, wenn er sie vor der Abtretung selbst in diesem Zustande erwarb. — Ein Erwerb nach Kenntniß der Abtretung schließt die Aufrechnung immer aus.

40) Um so mehr, wenn dem Schuldner seine Forderung schon im Moment der Abtretung der Gegenforderung zustand und der Zeitpunkt der Fälligkeit beider Forderungen in dem gleichen Verhältniß steht.

41) Also nicht später! Denn es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn

In diesen Fällen darf also der Schuldner eine ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehende Forderung auch noch dem Cessionar gegenüber[42]) zur Aufrechnung bringen[43]).

3. Endlich können dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger auch aus dessen Person Einwendungen erwachsen. Z. B. kann der Schuldner von der Abtretung an gegen den neuen Gläubiger auch mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen diesen selbst zustehen. Er kann die Nichtigkeit der Abtretung geltend machen[44]) und demgemäß das Gläubigerrecht des Erwerbers bestreiten. Dagegen kann er keine Einwendungen vorbringen, die lediglich das interne Verhältniß zwischen den Abtretungsparteien berühren. Z. B. kann er das Cessionsgeschäft nicht anfechten aus Gründen, die nur dem Abtretenden ein Anfechtungsrecht verleihen[45]), und noch weniger solche Einwendungen erheben, die ausschließlich auf dem Cessionsgrunde beruhen[46]).

4. Gegen die Vorschützung aller dieser Einwendungen kann der neue Gläubiger sich durch ein verpflichtendes Anerkenntniß des Schuldners im Sinne der §§ 781 ff. BGB. schützen[47]). Ein solches liegt aber nicht schon in einer Anerkennung der Abtretung[48]), noch weniger in einem einfachen Gesuch um Zahlungsausstand u. dgl.[49]).

---

der Schuldner die Erfüllung bis zur Fälligkeit seiner eigenen Forderung verschleppen wollte, um alsdann statt der Erfüllung aufzurechnen. Hier hatte er keine Aussicht auf Aufrechnung.

42) Durch Aufrechnungserklärung in der gewöhnlichen Weise.

43) Dabei hat der Schuldner nur seine Gegenforderung resp. die Zeit des Erwerbs derselben darzuthun. Dem Cessionar liegt ob, nachzuweisen, daß der Schuldner zur Zeit dieses Erwerbs bereits sichere Kenntniß von der Abtretung hatte, andernfalls, daß die Forderung des Schuldners später fällig wird als die abgetretene Forderung. Vgl. die Fassung des § 406 u. oben Bd. I § 127 Ziff. II.

44) Z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Abtretenden, Scheincession, Fälschung der Abtretungsanzeige 2c. — Verpflichtet zu dieser Prüfung ist aber der Schuldner nicht, sofern er eine vom alten Gläubiger herrührende, nicht gefälschte Abtretungsanzeige erhielt. S. o. § 199 i. f.

45) Auf die vollzogene Anfechtung dagegen kann er sich nach Maßgabe der vorigen Note berufen.

46) S. o. § 197 Ziff. 2, auch z. B. Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 162. Die Gültigkeit der Uebertragung wird durch diese Momente nicht beeinflußt.

47) S. u. § 305, und wegen eventueller Kondiktion des Anerkenntnisses (§ 812 Abs. 2 BGB.) u. §§ 317 ff.

48) Scil. ihrer Gültigkeit.

49) S. auch Dernburg § 140 Ziff. VI.

C. Uebertragung kraft Gesetzes. Subrogation.

§ 201.

Von den Fällen unfreiwilliger Uebertragung der Forderungsrechte [1]) ist civilistisch noch der gesetzliche Uebergang auf andere Personen zu erörtern. Hier vollzieht sich der Uebergang von selbst mit Eintritt des gesetzlich normirten Thatbestandes. Im Uebrigen finden die vorgetragenen Abtretungsgrundsätze entsprechende Anwendung. § 412 BGB. [2]). Dies gilt insbesondere von den Voraussetzungen der Uebertragbarkeit und von den Wirkungen der Uebertragung — einschließlich der verschiedenen Rechtsstellung des Schuldners zum alten und zum neuen Gläubiger vor und nach Kenntniß des Forderungsübergangs [3]).

Nur soweit das Verhältniß des alten und neuen Gläubigers auf dem Cessionsgrunde beruht, muß es sich beim gesetzlichen Forderungsübergang anders als bei freiwilliger Uebertragung gestalten. Vor Allem fällt jede Gewährleistungspflicht des alten Gläubigers für Bestand und Güte der Forderung fort [4]). Andere Abweichungen ergeben sich aus den Eigenthümlichkeiten des gesetzlichen Thatbestands, an welchen der Forderungsübergang geknüpft ist. In dieser Hinsicht unterscheiden wir Subrogationen und andere Forderungsübergänge.

I. Ein einfacher Forderungsübergang kraft Gesetzes tritt ein zufolge der Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, welche das ganze Vermögen der Ehegatten oder einzelne Theile desselben gemeinschaftlich machen [5]). Soweit dazu Forderungsrechte gehören, bedarf es keiner Abtretung: der entsprechende Uebergang tritt von selbst ein. S. §§ 1438 Abs. 2, 1519 Abs. 2, 1549 BGB.

---

1) S. o. § 197 Ziff. 1 lit. b.

2) Diese erstreckt sich hiernach auf sämmtliche Bestimmungen der Cessionslehre mit Ausnahme der §§ 398, 405 u. 411 BGB., die ihrem Thatbestande nach eine freiwillige Abtretung voraussetzen.

3) S. o. §§ 198—200. Auch die Verpflichtung des alten Gläubigers zur Auskunftsertheilung und Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über den Forderungsübergang (§§ 402, 403 BGB.) bestehen hier gleichfalls: nur beschränkt sich der Inhalt der Urkunde naturgemäß auf eine Anerkennung des gesetzlichen Forderungsübergangs (vgl. § 408 Abs. 2 i. f.).

4) Das Gesetz kann ihm nur nehmen, was er selbst hat.

5) Vgl. über die verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft der Ehegatten (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnißgemeinschaft) das Familienrecht.

Aehnlich gelten beim Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Lebenden bei Fortführung der bisherigen Firma die im Betrieb des früheren Inhabers begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber[6]) als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. § 25 Abs. 1 HGB.

II. Im Gegensatze dazu steht die Subrogation[7]). Diese ist Erwerb eines Forderungsrechts durch Abfindung des Gläubigers. Hier wird also der Gläubiger befriedigt — er erhält Erfüllung[8]). Aber nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten für den Schuldner. Der Dritte kann auch selbst Schuldner des Abgefundenen sein: z. B. wenn ein Gesammtschuldner für den anderen, der Bürge oder dritte Pfandbesitzer für den Haupt- oder persönlichen Schuldner leistet 2c. Entscheidend ist, daß er trotzdem durch seine Leistung den Anderen entlastet, das Schuldverhältniß des Gläubigers wider ihn[9]) aufhebt, sodaß der Gläubiger durch fremde Leistung abgefunden wird.

1. An diese Abfindung nun knüpft das Gesetz in manchen Fällen den Legalübergang der Forderung auf den Abfindenden. In der Leistung des Geschuldeten wird nicht blos Erfüllung gesehen, zu der gemeiniglich ein Dritter stets berechtigt ist[10]), sondern eine Leistung, die beabsichtigtermaßen den Gläubiger aus dem Schuldnexus ausscheiden und den Leistenden an seine Stelle treten läßt[11]).

6) Nicht im Verhältniß der Abtretungsparteien zueinander, vorbehaltlich des besonderen Inhalts ihres Vertrages. Z. B. wenn der Erwerber der Firma in Konkurs geräth, können die Forderungen regelmäßig ausgesondert werden.

7) Vgl. Stammler S. 200—205. Der Ausdruck subrogatio wird von den Motiven (Bd. 2 S. 673) selbst gebraucht. Er ist bezeichnend; denn der Abfindende soll in die Forderung des Gläubigers, die auf ihn übergeht, zur Erholung für die eigene gemachte Aufwendung einrücken. (Einer anderen Art von Surrogation begegneten wir schon oben Bd. I § 31 i. f. Diese ist mit der vorliegenden nicht zu verwechseln und wird von ihr passend auch durch die Ausdrucksweise unterschieden.) Man sprach im vorliegenden Falle auch wohl von fingirter Cession (cessio ficta). Abgesehen davon, daß sich an diesen Begriff mancherlei veraltete Zweifel knüpften, paßt der Ausdruck auf das moderne Verhältniß gar nicht. Eine Fiktion liegt in keiner Weise vor. Und ebensowenig eine Abtretung. S. darüber schon Regelsberger im Archiv f. civ. Praxis Bd. 63 S. 158ff. u. unten Ziff. 2.

8) Resp. unter Umständen die bekannten Surrogate der Erfüllung.

9) S. o. § 139.

10) Arg. § 267 BGB. u. oben § 154 Ziff. 2.

11) Die Leistung tilgt also das Forderungsrecht trotz dessen Erfüllung nicht. Die Römer erklärten dies wie folgt: cum is qui.... accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim

Dazu bedarf es eines besonderen wirthschaftlichen Interesses an der Leistung auf Seiten des Abfindenden: kann auch der Gläubiger im Allgemeinen die von einem Dritten kommende Leistung nicht ablehnen, so erwirbt letzterer darum doch nicht in allen Fällen die Rechte des Gläubigers. Sondern nur da, wo das Gesetz ein hinreichendes Interesse an der Abfindung anerkennt. Dieses Interesse wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Leistende einen Regreßanspruch aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung gegen den Schuldner hat[12]). Der Legalübergang der Forderung bezweckt, dem Leistenden die Sicherheiten zu verschaffen, welche dem Gläubiger wider den Schuldner zustanden. Der Leistende hat hiernach zwei Ansprüche: einen eigenen ex mandato etc. und den des Gläubigers ex iure cesso. Jeder derselben hat seine besonderen Vortheile, die der Leistende nach Bedarf ausnützen kann[13]). Z. B. der Anspruch aus Geschäftsführung[14]) gibt dem Leistenden ein Recht auf Zinsen des Verauslagten vom Tage der Zahlung; der Anspruch aus dem Recht des Gläubigers richtet sich auch gegen die für die Schuld bestellten Bürgen und Pfänder. Daher greifen denn auch die vom Gesetze anerkannten Subrogationsfälle über das Gebiet des Schuldrechts weit hinaus. Der Schwerpunkt ihrer Darstellung gehört in den Zusammenhang der Rechtsmaterien, welchen sie entnommen sind. Die Fälle gruppiren sich wie folgt:

a) Wer als Gesammtschuldner, Bürge oder unterhaltungspflichtiger Verwandter rc. dem Gläubiger leistet, was er dem

---

in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Und ähnlich heißt es, daß pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videatur. L. 36 Dig. de fideiuss. 46, 1 und l. 76 Dig. de solut. 46, 3. Natürlich ist dies nur vergleichsweise gemeint (quodammodo — magis). Zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger bestehen nicht sämmtliche Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers. Aber irrig bricht Stammler S. 203 mit der historischen Entwickelung dieser Lehre, wenn er beim Abfindenden eine neue Forderung von gleichem Inhalt entstehen lassen will. Damit erklärt sich auch keineswegs der Fortbestand der Sicherheiten der Forderung im alten Range, zu deren Konservirung der Legalübergang vorzugsweise bestimmt ist (s. u.). Ebensowenig die Anwendbarkeit der Vorschriften §§ 406 407 ff. BGB. zu Gunsten des cedirten Schuldners (arg. § 412 eod.), und daß der Abfindende die Forderung im alten Bestande auch wieder weiterübertragen kann.

12) S. §§ 670, 683 BGB. und unten die entsprechenden Lehren. Hatte der Schuldner der Abfindung widersprochen, so bleibt noch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. — Alles unter der Voraussetzung, daß der Abfindende nicht schenken wollte. Vgl. auch §§ 685, 814 BGB.

13) S. o. Bd. I § 121 Ziff. 3.

14) Aus beauftragter oder nicht beauftragter Geschäftsführung. S. §§ 256, 670, 683 BGB. u. unten §§ 253 ff.

letzteren nur zusammen mit einem Anderen (oder an seiner Statt) verschuldet, erwirbt mit der Leistung die Forderung des Gläubigers[15]). Vgl. §§ 426 Abs. 2, 774, 1607, 1709 BGB.[16]).

b) Wer durch die Zwangsvollstreckung oder Pfandrealisation eines Gläubigers in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein eigenes Recht an diesem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren, kann den Gläubiger abfinden und tritt dadurch selbst in die Rechte des befriedigten Gläubigers ein[17]). §§ 268[18]), 1150, 1249 BGB.

Dieser Effekt kann sogar durch die Erfüllungssurrogate: Aufrechnung oder Hinterlegung des Geschuldeten für den Gläubiger[19]) herbeigeführt werden[20]). § 268 Abs. 2.

c) Der dritte Pfandbesitzer resp. Pfandschuldner kann, sobald die versicherte Forderung fällig oder der persönliche Schuldner zur Erfüllung berechtigt ist, den Gläubiger abfinden mit der Wirkung, daß er selbst in die Rechte des Gläubigers eintritt. Dieser Fall hängt mit den beiden oben erwähnten zusammen[21]). Der Eintritt des Leistenden

---

15) Um sie im obigen Sinne für seine Regreßansprüche wider den Anderen nutzbar zu machen.

16) Fälle des röm. beneficium cedendarum actionum, nur in konsequenter Ausgestaltung des darin enthaltenen Rechtsgedankens. Während das röm. Recht in den betreffenden Fällen (vgl. l. 25 § 5, l. 28 Dig. mandati 17, 1; l. 17, 36, 41 Dig. de fideijuss. 46, 1; l. 76 Dig. de sol. 46, 3) lediglich dem zahlenden Dritten ein Recht auf Abtretung der Ansprüche des Gläubigers einräumte — wobei noch bestritten war, ob letzteres schon vor der Zahlung geltend zu machen sei —, hat das moderne Recht die Zwangsabtretung für eine unnöthige Formalität erklärt und in den (übrigens dem röm. Recht gegenüber vermehrten) Fällen den Uebergang des Gläubigerrechts auf den zahlenden Dritten kraft Gesetzes verfügt. Vgl. über das röm. Recht Keil, Zur Lehre vom benefic. cedendar. actionum (1880) u. oben § 197 Note 13.

17) Fälle des röm. ius offerendi et succedendi (s. l. 12 § 9 Dig. qui pot. 20, 4), ebenfalls in reiferer Ausgestaltung. Der Abfindende braucht nicht Pfandgläubiger zu sein; er tritt nicht blos in den pfandrechtlichen Rang des abgefundenen Gläubigers ein, sondern erwirbt dessen ganze Forderung und mit ihr das Pfandrecht. Dies hat praktische Konsequenzen. In Folge des Eintritts in die gesammte Gläubigerstellung erwirbt der Zahlende auch die Rechte des Gläubigers wider andere Pfandobjekte, ja selbst gegen Bürgen der getilgten Schuld. Vgl. über das röm. ius offerendi et succedendi Voß in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 15 n. 8 u. Regely, Das ius off. (Berliner Diss. 1893).

18) S. darüber schon oben § 154 Ziff. 2.

19) S. schon römisch l. 1 Cod. qui pot. 8, 17.

20) Ueber den Fall der blos theilweisen Abfindung des Gläubigers (z. B. bei geringerer Höhe der aufzurechnenden Gegenforderung) s. u. Ziff. 2 lit. b. Wegen der Hinterlegung s. o. § 189 bes. Ziff. III.

21) Schon das röm. Recht gestattete eine hypothekarische Succession zu Gunsten des Käufers der Pfandsache, welcher den Kaufpreis zur Befriedigung der Pfandgläubiger verwendet, in die pfandrechtliche Stellung der abgefundenen Gläubiger, damit dem Käufer das Eigenthum nicht von den nachstehenden Pfandgläubigern der überlasteten Sache, zu deren Befriedigung der Kaufpreis nicht aus-

in die Rechte des abgefundenen Gläubigers erfolgt zu Regreßzwecken und um sich im eigenen Rechte an den Pfandobjekten zu erhalten [22]. S. §§ 1142ff., 1225 BGB.

Auch hier kann die Befriedigung des abzufindenden Gläubigers mit gleicher Wirkung durch Aufrechnung oder Hinterlegung erfolgen. §§ 1142 Abs. 2, 1224 BGB. [23]).

2. Die Subrogation ist hiernach die gesetzliche Sondernachfolge in Forderungsrechte, auf Grund Befriedigung des bisherigen Gläubigers durch einen Dritten. Kraft Gesetzes scheidet der bisherige Gläubiger, weil und soweit er befriedigt ist, aus dem Schuldnexus aus [24]) und der Befriedigende tritt als Gläubiger in denselben ein: mit anderen Worten, die Forderung ist auf ihn übergegangen. Der Unterschied von der gewöhnlichen Uebertragung liegt darin, daß

a) gar kein Cedent im Rechtssinne vorhanden ist [25]). Der Erwerber der Forderung ist es, der in den meisten Fällen den Anstoß zu der Uebertragung gibt, indem er dem Gläubiger die Erfüllung anbietet; jedenfalls will der Gläubiger, indem er das Angebotene empfängt, die Forderung nicht für einen Preis abtreten, sondern lediglich Bezahlung empfangen. Daraus folgt: Während der Preis sich nach Angebot und Nachfrage richtet, also von der geschuldeten Leistung abweichen kann, erfolgt der Forderungsübergang hier schlechthin nur für den Betrag der Leistung [26]). Bei theilweiser Abfindung erfolgt daher der Eintritt in die Gläubigerrechte auch nur zum Theil, d. h. soweit wie die Abfindung geht. Für den Rest behält der Gläubiger seine Rechte.

Daher ist denn auch eine Garantie des ursprünglichen Gläubigers für Bestand und Güte der Forderung und namentlich für die damit

---

reicht, mit der Pfandklage wieder abgestritten werden konnte. Vgl. l. 17 Dig. qui pot. in pign. 20, 4; l. 3 Cod. de his qui in prior. 8, 19: in ius eorum successisti! Der Fall ist heute (wie oben) ausgestaltet durch Eintritt des Abfindenden in das gesammte Recht der abgefundenen Gläubiger, folglich auch in deren Rechte gegen andere Pfandobjekte und Bürgen. Mit der Forderung geht das Pfandrecht (als sog. Eigenthümerpfandrecht) über. S. darüber das Sachenrecht.

22) Also auch dann, wenn der Eigenthümer dem persönlichen Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist.

23) S. auch oben Note 20.

24) Er ist gewissermaßen ausgekauft. Vgl. o. Note 11. Ferner noch Hartmann, Die Obligation (1875) S. 51ff.

25) Ein Uebergang der Forderung, aber keine Abtretung derselben findet statt. Der bisherige Gläubiger steht persönlich der Uebertragung fern. Er hat nicht abgetreten, sondern ist lediglich befriedigt. Die Forderung ist zwangsweise von ihm auf einen Anderen übertragen, ähnlich wie bei der gerichtlichen Ueberweisung (oben § 197 Ziff. 1b.)

26) Auch für den Erwerber der Forderung ist also die Abfindung kein Spekulationsgeschäft, wie es z. B. der Forderungskauf sein kann.

verbundenen Sicherheiten mit dem Begriff der Subrogation schlechthin unverträglich. Der Gläubiger will Zahlung empfangen. Soll sie ihm wieder abgestritten werden, so ist dies nur nach den Grundsätzen zulässig, die für die Herausgabe einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld gelten [27]).

b) Und wie der abgefundene Gläubiger dem Zahlenden zu nichts verpflichtet ist, so geht er auch im Falle theilweiser Abfindung für den Rest der Forderung [28]) dem Subrogirten vor (nemo subrogat contra se). Der Uebergang der Forderung kann also niemals zum Nachtheil des ursprünglichen Gläubigers geltend gemacht werden [29]). Vgl. §§ 268 i. f., 426 i. f., 774 S. 2 (1143, 1150, 1225, 1249), 1607 i. f., 1709 i. f. [30]). Darin liegt z. B., daß, wenn die Sicherheiten der Forderung nicht hinreichend sind, um sowohl den Abfindenden für seine Regreßansprüche als den ursprünglichen Gläubiger für den Rest seiner Forderung zu befriedigen, der Gläubiger wegen des nicht gedeckten Restes vorgeht. Ebensowenig braucht dieser in solchem Falle die Beweisurkunden über die Forderung herauszugeben [31]) noch über dieselbe Auskunft zu ertheilen, wenn dies seinen Interessen nachtheilig ist. Hierdurch wird die theilweise Zahlungsannahme für den Gläubiger gefahrlos gestaltet und im Interesse beider Theile erleichtert [32]).

Aus dieser Tendenz der cit. Gesetzesvorschriften ergibt sich auch der Vorrang des ursprünglichen Gläubigers vor dem Subrogirten für diejenigen Regreßansprüche des letzteren, die nicht ex iure cesso erhoben werden [33]). Diese selbständigen Forderungsrechte aus Auftrag

---

27) S. u. §§ 317 ff. Also in nicht anderer Weise wie sie ihm auch der Schuldner selbst, wenn er erfüllt hätte, würde abstreiten können. Daher fehlt dem Abfindenden regelmäßig jeder Anspruch, wenn zwar die Schuld, nicht aber die vorausgesetzten Sicherheiten derselben bestehen und der Hauptschuldner insolvent ist.

28) S. o. nach Note 26.

29) In direktem Gegensatz zu geschäftlichen Uebertragungen, wo Treu und Glauben verlangt, die dem Gegner eingeräumte Rechtsstellung nicht selber zu beeinträchtigen und zu verkümmern.

30) Uebrigens kann der abgefundene Gläubiger auf diesen lediglich zu seinen Gunsten bestehenden Schutz wirksam verzichten. Die Subrogation geht dann insoweit einfach in eine Cession über.

31) Vgl. § 402 BGB.

32) Hätte der Subrogirte sich dem Grundsatz des Textes entgegen vor dem ursprünglichen Gläubiger volle Befriedigung verschafft, so hat er diese, wenn sich die Unzulänglichkeit der Mittel herausstellt, dem Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. So auch Stammler S. 205 i. f. Auch schon vorher wird der ursprüngliche Gläubiger Sicherungsmaßregeln gegen eine derartige Uebervortheilung ergreifen können.

oder nützlicher Geschäftsführung, die sich sonst mit dem des ursprünglichen Gläubigers für den nicht gedeckten Rest durch Konkurrenz beschränken würden[34]), können hier nicht zu einer Beschränkung der Rechte des ursprünglichen Gläubigers führen, weil sonst der ganze Grundsatz der Rangordnung zwischen dem Gläubiger und Subrogirten durch bloße Aenderung des juristischen Gesichtspunkts über den Haufen geworfen würde. Die cit. Gesetzesvorschriften wollen allgemein die Theilzahlung begünstigen und demnach für den Gläubiger gefahrlos gestalten[35]).

Abgesehen davon können die gewöhnlichen Regreßansprüche des Zahlenden wider den Schuldner natürlich in vollem Umfang geltend gemacht werden, z. B. auf die Zinsen des Verauslagten vom Tage der Zahlung[36]). Umgekehrt sind sie sämmtlichen Einwendungen ausgesetzt, die sich aus dem persönlichen Verhältniß des Leistenden zum Hauptschuldner ergeben[37]).

c) Verschieden davon sind die Einwendungen, die dem Subrogirten als solchen (bei Geltendmachung der übertragenen Forderung) entgegenstehen. In dieser Hinsicht gelten die allgemeinen Grundsätze der Forderungsabtretung[38]); nur daß der Umfang der Abtretung sich hier nach dem Umfang der Zahlung bemißt[39]). Folglich können dem Subrogirten die Einwendungen entgegengesetzt werden, welche zur Zeit des Legalübergangs der Forderung wider den bisherigen Gläubiger begründet waren; ferner solche, die sich aus Rechtshandlungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bis zur Kenntniß desselben von der Uebertragung ergeben. Arg. §§ 404, 407 BGB. Auch die Auf-

33) S. o. bei Note 12. Also für die Regreßansprüche des Zahlenden wider den Befreiten aus dem Grundverhältniß.

34) S. o. § 183.

35) Z. B. der Subrogirte kann für seinen Anspruch nicht mit der Restforderung des ursprünglichen Gläubigers im Konkurse über das Vermögen des Schuldners konkurriren. Ebenso steht sein Anspruch wider den Bürgen gegen den noch nicht gedeckten Rest der Hauptforderung zurück. Von selbst versteht sich der Grundsatz für pfandrechtliche Sicherheiten der Forderung, da der Anspruch ex mandato etc. nicht pfandrechtlich gesichert ist.

36) S. § 256 BGB. Ebenso, wenn die durch Subrogation übergegangene Forderung in kürzerer Zeit verjährt als die persönlichen Regreßansprüche des Leistenden.

37) Nicht blos aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung, sondern auch aus sonstigen zwischen dem Abfindenden und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnissen, die zur Zahlung führten, z. B. Gesellschaft, Gemeinschaft (§§ 705 ff., 741 ff. BGB).

38) S. o. § 200 Ziff. II. Denn schließlich ist auch hier ein neuer Gläubiger an Stelle des alten getreten. — Nichtübertragbare Forderungsrechte können auch durch Subrogation nicht auf einen Anderen übergehen.

39) S. o. bei Note 26.

rechnungsbefugniß des Schuldners ist die gleiche wie bei freiwilligen Abtretungen[40].

Aber auch hier wird das Ergebniß unter Umständen durch den Einfluß des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Subrogirten und dem Schuldner durchkreuzt[41]. Ist der Subrogirte ein Bürge oder dritter Pfandschuldner, so bleiben auch bei Geltendmachung der Hauptforderung die aus dem persönlichen Verhältniß des Leistenden zum Hauptschuldner entnommenen Einwendungen unberührt[42]. §§ 774 Abs. 1 i. f., 1143, 1225 BGB. Ebenso wenn ein Gesammtschuldner oder Mitbürge den Gläubiger befriedigt, folgt aus dem Grundverhältniß, daß er den Anspruch ex iure cesso, geradeso wie seine persönlichen Regreßansprüche wider die Mitschuldner und Mitbürgen, nur antheilig (pro rata eines Jeden) geltend machen kann[43]. S. §§ 426 Abs. 2, 774 Abs. 2 BGB.

Soweit der Zahlende gar keine Regreßansprüche hat, z. B. weil er dem Hauptschuldner oder seinen Mitverpflichteten schenken wollte, findet kein Uebergang des Gläubigerrechts statt.

II. Schuldübernahme *.

§ 202.

A. Begriff, Voraussetzungen und Vollzug der Uebernahme.

1. Unter Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses ist heutzutage auch ein Uebergang der Passivseite — also eine Ablösung von dem bisherigen Schuldner und Uebertragung auf einen neuen Schuldner möglich[1]. Aber weder durch Richterspruch noch kraft

40) S. o. § 200 zu Note 36 ff.

41) Aehnlich wie oben bei Note 33 ff. ein umgekehrter Einfluß zu bemerken war.

42) Danach ist z. B. ein Regreßanspruch überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang begründet. S. z. B. unten § 297 Note 22.

43) Unter Abzug des auf ihn selbst entfallenden Kopftheils. §§ 426 Abs. 1, 774 Abs. 2 BGB. S. darüber unten bei den Gesammtschulden § 207 i. f.

*) Vgl. Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden (1853); Gürgens in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 8 S. 221; Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 532; Unger, Schuldübernahme (1889); Adler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 S. 1; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung (1895) S. 86 ff., sowie in Jhering's Jahrb. Bd. 39 S. 390, Bd. 40 S. 109; Kipp, das. Bd. 36 S. 336; Regelsberger, das. Bd. 39 S. 463; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 159 ff., 390 ff.; Brettner, Die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 790. — Stammler S. 206 ff.; Dernburg §§ 155—159; Endemann I § 153; Cosack §§ 116, 117; Mathiaß I § 101; Enneccerus I §§ 228—230; Kipp zu Windscheid, Pand. II § 338.

Gesetzes, sondern einzig durch freiwillige Uebereinkunft. Diese Beschränkung liegt im Interesse des Gläubigers[2]). Dieser soll seinen Schuldner nicht ohne seinen Willen verlieren und dafür einen anderen bekommen. Denn die Person des Schuldners ist in der Regel keinem Gläubiger gleichgültig[3]).

Der Schuldübernahmevertrag[4]) setzt stets die Einwilligung des Gläubigers in die Freigabe des bisherigen Schuldners voraus (befreiende Schuldübernahme). Allerdings kann eine Schuldübernahme auch so vorkommen, daß der Gläubiger seinen bisherigen Schuldner nicht freigibt und dennoch eine neue Person in dessen Verpflichtungen eintritt. Dann haftet der neue Schuldner neben dem alten (sog. bestärkende Schuldübernahme). Dies ist in Wahrheit gar kein Schuldübergang. Denn rechtlich tritt ein neues Schuldverhältniß von gleichem Inhalt neben das alte[5]). Es entsteht eine Gesammtschuld[6]). Doch wird die bestärkende Schuldübernahme zweckmäßig hier eingeflochten[7]).

2. Von der Schuldübernahme, die eine Freigabe des bisherigen Schuldners durch den Gläubiger voraussetzt[8]), ist verschieden ein Vertrag, in welchem sich Jemand blos dem Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Ein solcher Vertrag ist gültig. Er kommt vor a) entweder so, daß der Gläubiger dadurch

1) S. o. § 197. — Dem röm. Recht war die Schuldübernahme unbekannt. Ein vertragsmäßiger Wechsel in der Person des Schuldners konnte nur durch Novation herbeigeführt werden. Dagegen entwickelte sich in der Expromission des Preuß. A.LR. I Tit. 14 §§ 399 ff., und reiner noch in Theorie und Praxis des späteren gemeinen Rechtes, der Gedanke an eine Sondernachfolge in die Schuld. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Institut aufgenommen und einzelne Zweifelspunkte geordnet.

2) Kraft Gesetzes kommt es vor, daß Jemand für die Schuld eines Anderen selbst persönlich verpflichtet wird.

3) Denn der eine Schuldner ist zuverlässig und überhaupt solvent, der andere nicht u. s. w.

4) Zu bemerken ist noch, daß der Schuldübergang keine Sondernachfolge im oben Bd. I § 71 besprochenen Sinne darstellt. Denn es handelt sich prinzipiell nicht um den Uebergang von Rechten, sondern von Pflichten. Daher wirkt z. B. das gegen den ursprünglichen Schuldner ergangene rechtskräftige Urtheil regelmäßig nicht gegen den neuen Schuldner, man müßte denn den Ausdruck „Rechtsnachfolger" in §§ 265, 325 BGB. nur uneigentlich nehmen. S. dazu Hellwig S. 179 ff., Schollmeyer § 414 Note 4. Gaupp-Stein, CPO § 325 Ziff. III.

5) Aehnlich wie wenn ein Bürge neben den Hauptschuldner tritt. Nur wirthschaftlich wird „der Posten" auf den Uebernehmer erstreckt.

6) S. o. § 139 u. unten die Lehre von den Gesammtschulden.

7) Wo von ihr die Rede ist, wird dies ausdrücklich erwähnt. Unter „Schuldübernahme" ohne weiteren Beisatz verstehen wir nur die befreiende Schuldübernahme.

8) Ueber die Art und Weise s. u. Ziff. 3.

ein selbständiges Recht auf Befriedigung wider den Uebernehmer erlangt: dann liegt ein Vertrag auf Leistung an Dritte vor[9]). Oder b) so, daß nur der Schuldner das Recht hat, den Uebernehmer auf Erfüllung seiner Verpflichtung (Tilgung der Schuld) zu belangen[10]). In erster Linie wird dies durch Zahlung geschehen; aber möglicherweise bewirkt auch der Uebernehmer auf andere Weise die Befriedigung des Gläubigers[11]). Hier spricht man von Erfüllungsübernahme[12]).

3. Der Schuldübernahmevertrag ist (wie die Forderungsabtretung) ein abstrakter Vertrag. Warum der neue Schuldner eintritt, ist für die Gültigkeit der Uebernahme gleichgültig[13]). Sie kann auf Aufforderung des bisherigen Schuldners geschehen[14]), aber auch ohne solche[15]). Die näheren Gründe sind ein Internum zwischen dem alten und neuen Schuldner. Sie können von jeder Art sein[16]). Für das Zustandekommen der Schuldübernahme kommt es nur darauf an, ob der Uebernahmevertrag als solcher gültig ist. Darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze der Verträge[17]).

Der Uebernahmevertrag kann auf doppelte Art geschlossen werden:

a) Zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer. § 414 BGB. Hier ist keine Zustimmung, ja nicht einmal Kenntniß des bisherigen Schuldners erforderlich. Dieser wird befreit, indem der Gläubiger an seiner Statt[18]) die andere Partei als neuen Schuldner an-

---

9) S. o. §§ 179 ff.

10) S. § 329 BGB. u. oben § 180 Note 14 ff. — Verschieden davon ist wieder der Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger im Sinne oben § 183 Note 34.

11) Z. B. durch vertragsmäßige Aufrechnung oder auf andere Weise. Der Uebernehmer genügt seiner Verpflichtung gegenüber dem Schuldner dadurch, daß er dessen Befreiung auf irgend eine Weise erwirkt.

12) Kommt es nicht zu der beabsichtigten Schuldübernahme, so kann der Vertrag als Erfüllungsübernahme wirken. S. Hellwig S. 185 u. unten Ziff. 3 b.

13) Uebrigens kann der Grund auch hier, z. B. als Bedingung, in den Vertrag aufgenommen werden. Fällt hiernach der Uebernahmevertrag zusammen, so bleibt es bei der Verpflichtung des bisherigen Schuldners. Näheres in § 203 unten.

14) Wie bei der Delegation. S. o. § 187 III Ziff. 1. Hauptfall ist Auftrag des bisherigen Schuldners. Der neue Schuldner hat gegen den alten die Rechte aus § 670 BGB.

15) Wie bei der Expromission. S. daselbst i. f. Hauptfall ist unbeauftragte Geschäftsführung. Der neue Schuldner hat gegen den alten die Rechte aus §§ 683 ff. BGB.

16) Z. B. Lösung eines zwischen dem alten und neuen Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses (Schuldübernahme als Leistung an den creditor creditoris), oder Begründung eines solchen (durch die Schuldübernahme kreditirt der Uebernehmer dem alten Schuldner) ꝛc. S. dazu Enneccerus I § 228 Ziff. IV.

17) S. o. Bd. I §§ 83 ff.

18) Es kommt darauf an, ob beim Vertragsschluß der Gläubiger in Ansehung des bisherigen Schuldners die Befreiungsabsicht hat. Dies

nimmt und diese ihm demgemäß verspricht. Der bisherige Schuldner wird dadurch befreit, wie durch sonstige (vom Gläubiger angenommene) Leistung des Dritten[19]).

b) Der Vertrag kann aber auch zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner geschlossen werden. Zufolge seines Inhalts: dem Gläubiger seinen Schuldner zu nehmen und einen anderen an dessen Stelle zu setzen, enthält der Vertrag eine Verfügung über fremde Rechte[20]) und bedarf daher der Zustimmung des Gläubigers. § 415. Andernfalls bewirkt er die beabsichtigte Schuldübertragung nicht — ist aber darum unter den Parteien nicht wirkungslos. Vielmehr kann er unter diesen als bloße Erfüllungsübernahme wirken[21]), weil letztere nicht der Zustimmung des Gläubigers bedarf, und regelmäßig anzunehmen ist, daß die Parteien sich mit der minderen Wirkung begnügen wollen, wenn sie die stärkere nicht erreichen können. Wird bei Vertragstreue des Uebernehmers doch auch auf diesem Wege das wirthschaftliche Endziel des Vertrages (die Befreiung des Schuldners durch den Uebernehmer) erreicht. Demgemäß verfügt § 415 Abs. 3 im Zweifel die Geltung des Vertrages als Erfüllungsübernahme[22]).

---

ist eine Frage der Auslegung, und in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte nicht anzunehmen. Vgl. dazu die Ausführungen oben § 187 Ziff. II.

19) S. § 267 BGB. u. oben § 154 zu Note 14.

20) Vgl. § 185 BGB. u. oben Bd. I § 84. So bereits Gürgens in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 8 S. 261 ff.; Unger, Schuldübernahme (1889), S. 14 und speziell für das Bürgerliche Gesetzbuch Motive Bd. 2 S. 145, Regelsberger, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 39 S. 472 ff., Enneccerus § 228 Ziff. III, Schollmeyer § 415 Note 4.

21) S. o. Ziff. 2, sowie Bd. I § 84 Note 6. — Nicht aber ist der Vertrag zunächst unter den Parteien eine bloße Erfüllungsübernahme, die dann dem Gläubiger angeboten und von ihm nach Art einer Offerte acceptirt wird, wodurch sie sich zur Schuldübertragung erweitert. Diese von v. Blume a. a. O., Hellwig S. 159 ff. angenommene Konstruktion ist nicht nur äußerst künstlich, sondern widerspricht zunächst der Absicht der Parteien, die sofort eine Schuld-, nicht eine bloße Erfüllungsübernahme wollen. Ferner kennt unser Gesetz keine derartigen Kollektivofferten; wo es aber Offerten kennt, sind sie regelmäßig bindend, während nach § 415 Abs. 1 i. f. die Parteien ihren Vertrag noch ändern können. Endlich ist das „Angebot“ nach § 415 auch nur durch eine Vertragspartei zulässig. Man müßte hier also auch noch eine Vertretung der einen Partei durch die andere für das Angebot annehmen, und zwar eine stillschweigende unwiderrufliche Vollmacht — eine reine Fiktion!

22) Im Zweifel! Es ist den Parteien unbenommen, die gesammte Wirksamkeit ihres Vertrages von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Schuldnerwechsel zu Stande kommt. Haben umgekehrt die Parteien eine bloße Erfüllungsübernahme (Ziff. 2) beabsichtigt, so ist der Vertrag gar nicht fähig, sich durch Zustimmung des Gläubigers zu einer Schuldübernahme auszuweiten. Was gewollt war, ist hier wie überall durch Auslegung festzustellen. Einen Anhaltspunkt gibt das unten bei Note 27 Gesagte.

Die Zustimmung des Gläubigers bringt also hier den Schuldnerwechsel zu Stande (vollendet die Schuldübertragung). Mit ihr gibt der Gläubiger den ehemaligen Schuldner frei und nimmt den Uebernehmer als neuen Schuldner an[23]). Die Zustimmung ist einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers im Sinne der §§ 182 ff. BGB.[24]). Daher wird sie auch, weil dem Vertrage nachfolgend, „Genehmigung" genannt[25]). Daraus ergibt sich, daß die ertheilte Zustimmung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkt (§ 184), der Uebernehmer also schon von da ab als Schuldner zu behandeln, der bisherige Schuldner entlastet ist. Die Genehmigung kann auch indirekt ertheilt werden, indem der Gläubiger den Uebernehmer thatsächlich als neuen Schuldner behandelt[26]). Weil die Genehmigung in dieser Weise (formlos) ertheilt werden kann, hat das Gesetz sie aber von vorgängiger Mittheilung des Uebernahmevertrags an den Gläubiger seitens der einen oder anderen Vertragspartei abhängig gemacht[27]). § 415 Abs. 1. Sonst gilt eine Erklärung des Gläubigers nicht als Genehmigung[28]). Damit steht in Verbindung, daß bis zu dieser Genehmigung[29]) die Parteien ihren Vertrag noch immer durch gemeinschaftliche Uebereinkunft wieder aufheben oder abändern können. Der Schuldübergang ist bis zur ertheilten Genehmigung des Gläubigers noch in der Schwebe[30]); kommt die Genehmigung nicht

---

23) Auch im Falle oben Note 9 ist eine Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich.

24) Daher hat die Auslegung, ob eine wahre oder nur eine bestärkende Schuldübernahme vorliege, in erster Linie nicht bei dem Zustimmungsgeschäft, sondern bei dem Inhalt der zwischen dem Uebernehmer und dem alten Schuldner geschlossenen Uebereinkunft einzusetzen.

25) Die oben Bd. I § 82 besprochenen Regeln finden Anwendung. Z. B. die Genehmigung kann formlos geschehen und der einen oder anderen Partei gegenüber erklärt werden. — Der Gläubiger kann auch in die Uebernahme im Voraus einwilligen; dann bedarf es keiner Genehmigung.

26) Z. B. Zins- oder Abschlagszahlungen von ihm annimmt u. dgl. Wegen Klaganstellung wider den Uebernehmer s. Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 253. Vgl. noch das. Bd. 33 S. 184.

27) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme, oben Bd. I § 72 Ziff. 1 i. f. Diese stellt auch die Absicht der Vertragsparteien auf Schuldübernahme (im Gegensatz zu bloßer Erfüllungsübernahme) klar und schützt vor mißverständlichen Schlüssen auf ertheilte Genehmigung, wo der Gläubiger auf die Bedeutung des Vorgangs nicht aufmerksam gemacht worden war.

28) S. l. cit. „Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn ...."

29) Auf die erwähnte Mittheilung hin. Entscheidend ist der Moment des Zugangs der Erklärung des Gläubigers an die eine oder andere Vertragspartei (im Sinne des § 182 BGB.). Es ist nicht erforderlich, daß die Erklärung über die Genehmigung an diejenige Partei erfolgt, welche dem Gläubiger die Mittheilung von der Schuldübernahme gemacht hatte.

30) Die Parteien wissen regelmäßig nicht, ob der Gläubiger genehmigen wird; der Gläubiger weiß nicht, ob seine Genehmigung bei deren Eingang (Note 29)

wirksam zu Stande, so hat der Vertrag keine schuldübertragende Wirkung: der Uebernehmer wird dem Gläubiger nicht verpflichtet[31]). — Schließlich können auch hier wieder die Parteien auf Entscheidung des Gläubigers provoziren, indem der Eine oder Andere dem Gläubiger eine geeignete Frist[32]) zur Erklärung über die Genehmigung bestimmt[33]). In diesem Fall kann die Genehmigung vom Gläubiger nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden[34]); andernfalls gilt die Genehmigung als verweigert[35]). § 415 Abs. 2.

Auf der anderen Seite enthält die von dem Uebernehmer an den Gläubiger gerichtete Mittheilung von dem Vertrage aber auch implicite ein Gesuch um Genehmigung und damit einen Antrag, daß der Gläubiger unter Entlassung des bisherigen Schuldners den Anzeigenden als neuen Schuldner annehme[36]). Dieser Antrag enthält also zugleich die Anbahnung eines Schuldübernahmevertrages zwischen Gläubiger und Uebernehmer im Sinne des § 414 BGB. (oben lit. a), welcher nach allgemeinen Grundsätzen mit Annahme des

---

die Uebereinkunft der Parteien auf Schuldübergang noch unverändert vorfindet. Das Zustandekommen der Schuldübernahme ist von allen diesen Momenten abhängig. S. jedoch unten Note 36 ff.

31) Also es kommt nicht einmal eine bestärkende Schuldübernahme zu Stande (weil sie gar nicht beabsichtigt war und in der einfachen Verweigerung der Genehmigung selbstverständlich auch keine modifizirte Annahme des Uebernehmers als Schuldner liegt. Eine diesergestalt modifizirte Erklärung würde sich mit dem zu genehmigenden Vertrag nicht decken und daher wirkungslos sein). Der bisherige Schuldner bleibt selbstverständlich verpflichtet. — Ueber die mögliche Wirkung des Vertrages als Erfüllungsübernahme s. o. Note 22.

32) Wie z. B. in § 108 BGB. und in anderen Fällen. Angemessenheit der Frist wird hier nicht vom Gesetze verlangt. Jedoch versteht sich von selbst, daß die Frist zur Ueberlegung des Gläubigers und zum Transport der Erklärungen hinreichend sein muß. Sie kann aber auch länger sein. S. hierzu bes. Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 49 ff.

33) Dies kann auch von Seiten beider Vertragsparteien geschehen, und entscheidet alsdann die kürzere, im Sinne der vorigen Note geeignete Frist. S. jedoch unten bei Note 39.

34) Die Erklärung muß vor Ablauf der Frist zugehen. Vgl. Bd. I § 88 und die Ausführungen über Fristbestimmung § 151 Note 8 ff.

35) Hinsichtlich der Beweislast gilt Folgendes: Der von dem Gläubiger in Anspruch genommene bisherige Schuldner muß den Schuldübernahmevertrag und die Genehmigung des Gläubigers innerhalb der gesetzten Frist darthun. Ebenso wenn der bisherige Schuldner wegen der Uebernahme Feststellungsklage erhebt. — Wird dagegen der neue Schuldner vom Gläubiger in Anspruch genommen und bestreitet die Schuldübernahme, so muß der Gläubiger die obigen Thatsachen beweisen (denn davon hängt sein Recht wider den Uebernehmer ab).

36) Dies läßt sich nicht um deswillen bestreiten, weil die Anzeige zunächst nur (s. o. Note 27) eine Erklärung zur Kenntnißnahme enthält. Wo das Leben zwei Erklärungen nicht unterscheiden kann, dürfen auch juristisch keine verschiedenen Wirkungen daran geknüpft werden. S. z. B. die Analogien in §§ 397, 780 ff. und speziell bei Willenserklärungen und Erklärungen zur Kenntnißnahme oben Bd. I § 104 zu Note 15.

Gläubigers: der zustimmenden Antwort an den Uebernehmer[37]) zu Stande kommt. Dies ist wichtig für den Fall, daß die Vertragsparteien nach § 415 Abs. 1 i. f. inzwischen ihren Vertrag wieder zurückgenommen oder geändert haben sollten. Denn der Vertragsantrag des Uebernehmers ist nach §§ 145, 148 BGB. unwiderruflich[38]). Ebenso wenn der Gläubiger dem ursprünglichen Schuldner die Genehmigung (nach § 415 Abs. 2) verweigert oder sie verspätet erklärt hatte, kann er den Vertragsantrag des Uebernehmers nach allgemeinen Grundsätzen immer noch annehmen[39]).

4. Die Schuldübernahme bezieht sich, wie die Forderungsabtretung, nur auf ein einzelnes Schuldverhältniß[40]), nicht auf ein gesammtes z. B. zweiseitiges Rechtsverhältniß[41]). Selbstredend muß das Schuldverhältniß gültig sein; unvollkommene Schuldverhältnisse[42]) können aber geradesogut wie vollkommene übernommen werden. Nach § 417 BGB. erlangt der Gläubiger wider den Uebernehmer keine größeren Rechte, als er wider den ursprünglichen Gläubiger hatte[43]). Besondere Ausschlußgründe der Uebertragung bestehen nicht, da letztere die Lage des Schuldners nur verbessert und der Gläubiger durch sein Einwilligungsrecht gedeckt ist[44]). Vielmehr liegt das soziale Problem für die Gesetzgebung hier darin, nicht zuzulassen, daß Vermögensbestandtheile, aus denen eine Schuld nach der Verkehrsauffassung in erster Linie Befriedigung finden soll, ohne die Schuld auf einen Anderen übertragen werden[45]). Davon noch unten.

---

37) Nicht an die andere Partei, der allerdings die Genehmigung nach dem oben Gesagten wirksam erklärt werden kann! — Die Wirkung tritt hier erst mit der Annahme ein (im Gegensatz zu oben bei Note 25).

38) S. o. Bd. I § 89. Hellwig S. 167 ff.; Dernburg § 156 Note 3 u. A.

39) Will sich der Gläubiger also gegen das Rücknahmerecht der Parteien aus § 415 Abs. 1 i. f. BGB. schützen, so muß er die ihm vom Uebernehmer gemachte Genehmigungsanzeige innerhalb der gewöhnlichen Antragsfrist an den Uebernehmer beantworten.

40) S. o. § 198 Ziff. 1. — Hier auf die Passivseite des Anspruchs.

41) Doch kann sich der Vertrag mit einer Cession kombiniren. S. § 198 Note 9.

42) S. o. § 140.

43) Es sei denn, daß sich mit der Uebernahme ein Anerkenntniß verbindet, und das Anerkenntniß der Schuld eine größere Wirksamkeit verleiht (was nicht immer der Fall ist, z. B. nicht nach §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 BGB.).

44) Theilweise Uebernahme ist möglich. Die beiden Schuldner haften als Mitschuldner nach dem näheren Inhalt des Vertrages.

45) Sonst hätten die Gläubiger das Nachsehen: der Vermögenserwerber, der zahlen kann, wäre nicht ihr Schuldner; und der Schuldner hätte möglicherweise keine Mittel mehr, um zu zahlen.

§ 203.

B. Wirkungen der Schuldübernahme.

I. Die Wirkungen der Schuldübernahme beschränken sich auf das Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger. Dasjenige des Uebernehmers zum bisherigen Schuldner kommt für die Frage des Schuldtransports nicht in Betracht. Dies erklärt sich ohne Weiteres, wenn der Uebernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner zu Stande kommt[1]). Die vom neuen Schuldner übernommene Verpflichtung ist unabhängig davon, aus welchem Grunde er dem Gläubiger versprach[2]). Ist aber der Uebernahmevertrag zwischen dem alten und neuen Schuldner zu Stande gekommen unter Genehmigung des Gläubigers (§ 415), so können dem letzteren dennoch vom Uebernehmer keine Einwendungen entgegengesetzt werden, die auf dem Grunde der Schuldübernahme zwischen dem alten und neuen Schuldner beruhen. § 417 Abs. 2 BGB. Es kommt also auch in diesem Falle lediglich darauf an, ob der Uebernahmevertrag als solcher — in Ansehung der Transportfunktion — gültig und wirksam ist[3]). Ist er dies nicht, so kann er den Schuldübergang auch durch Genehmigung des Gläubigers nicht herbeiführen[4]); andernfalls führt er ihn ohne Rücksicht auf die sonstigen Beziehungen zwischen den beiden Schuldnern herbei[5]). Auf diese bezieht sich die Genehmigung nicht.

II. Gegenüber dem Gläubiger ist die Wirkung der Schuldübernahme die, daß bei fortdauernder Identität des Schuld-

---

1) Direkt, oder auf dem oben § 202 bei Note 36 ff. bezeichneten Wege.

2) S. o. § 202 Ziff. 3. — Der Grund ist in dem Bd. I § 74 i. f. u. 75 bezeichneten Sinne zu verstehen: als Grund oder Zweck der in der Verpflichtung des Uebernehmers liegenden Zuwendung an den bisherigen Schuldner.

3) Z. B. unwirksam wäre er auch, wenn der Schuldübergang an eine Bedingung geknüpft ist und die Bedingung ausfällt. — Ungültig ist er auch, wenn er (z. B. wegen Irrthums, Betrugs 2c.) anfechtbar und vom Anfechtungsberechtigten angefochten ist. S. o. Bd. I § 80.

4) Der Uebernehmer ist nicht (resp. nach erfolgter Anfechtung nicht mehr) verpflichtet; die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners hat niemals aufgehört.

5) Diese Beziehungen geben lediglich Veranlassung zu internen Ansprüchen zwischen den beiden Schuldnern, je nach dem materiellen Rechtsgrunde der Uebertragung (vor Allem zu Bereicherungsansprüchen §§ 812 ff. BGB.). S. Scholl=meyer § 417 Note 2. Dagegen kann der Uebernehmer dem Gläubiger niemals entgegensetzen, daß er den Gegenwerth für seine Schuldübernahme von dem bisherigen Schuldner noch nicht erhalten habe, sofern die Leistung des Gegenwerths nicht zu einer Bedingung des Schuldübernahmevertrages selbst gemacht ist (s. o. Note 3).

verhältnisses der Uebernehmer an Stelle des bisherigen Schuldners tritt. § 414 BGB. Darin liegt:

1. Der Gläubiger hat gegen den Uebernehmer dieselben Rechte, wie gegen den ursprünglichen Schuldner[6]). Der Uebernehmer kann daher dem Gläubiger sämmtliche Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dessen bisherigem Rechtsverhältnisse zum ursprünglichen Schuldner ergeben[7]). § 417 Abs. 1 S. 1. In der bisherigen Beschaffenheit — mit allen bis dahin entstandenen Vorzügen und Mängeln — ist die Schuld übergegangen. Und zwar ist maßgebend die Zeit des Abtretungsvertrages[8]), sofern der Einwand zu dieser Zeit wider den Gläubiger rechtlich begründet war[9]).

Daraus ergibt sich auch die Behandlung der Aufrechnung mit Forderungen des bisherigen Schuldners[10]). Diese ist dem Uebernehmer gänzlich versagt, sofern nicht der bisherige Schuldner die Aufrechnung bereits erklärt hatte. Denn erst dann besteht gegen die Schuld ein (rechtsverneinender) Einwand[11]). Vgl. § 417 Abs. 1 i. f.

2. Konsequent müßte der Gläubiger, da das Schuldverhältniß dasselbe bleibt, auch mit Beziehung auf dritte Personen alle seine Rechte behalten. So vor Allem gegen Bürgen und dritte Pfandbesitzer eines für die Schuld verhafteten Gegenstandes. Davon macht aber das Gesetz im Interesse der Billigkeit weittragende Ausnahmen. § 418. Schlechthin bestehen bleiben nur gesetzliche Pfandrechte[12]) und Bürg-

6) Auch die etwaigen Nebenrechte, z. B. auf eine noch nicht verfallene Vertragsstrafe (sie sei denn im Uebernahmevertrag ausgeschlossen). Anderseits hat der Gläubiger wider den Uebernehmer nicht mehr Rechte als gegen den ursprünglichen Schuldner. S. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 32 S. 221 ff. — Wegen der Rechte gegen Dritte s. u. Ziff. 2.

7) Nicht aus einem dem bisherigen Schuldner persönlich zustehenden Anfechtungsrecht der Forderung oder aus anderen persönlichen Rechten des Schuldners, die mit der Forderung nicht zusammenhängen. Dagegen inhärirt die Einrede des Nothbedarfs in ihrer modernen Gestalt der Forderung (Schenkung: § 519 BGB.), steht also auch dem Schuldübernehmer zu.

8) Auch wenn er zwischen dem alten und dem neuen Schuldner unter Genehmigung des Gläubigers geschlossen ist (da die Genehmigung zurückwirkt). A. M. Dernburg § 157 Ziff. I i. f.

9) In dem oben § 200 bei Note 28 besprochenen Sinne. Z. B. der Uebernehmer der Kaufpreisschuld kann dem Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Mängel der Kaufsache oder eine Entwährung der letzteren entgegensetzen, auch wenn der Verkäufer erst nach der Schuldübernahme nicht leistet oder wenn erst nachher die Entwährung erfolgt oder die Mängel entdeckt werden u. s. w.

10) Vgl. bei der Cession oben § 200 Note 36 ff.

11) S. o. §§ 191 ff. über das Recht der Aufrechnung. — Vorher hat der Uebernehmer aus der Aufrechnungsbefugniß des ursprünglichen Schuldners keine Einwendung. Dessen Rechte sind nicht seine Rechte.

12) Wegen Pfändungspfandrechten s. Schollmeyer § 418 Note 2a.

schaften. Dagegen erlöschen die betreffenden vertraglichen Sicherungsrechte[13]). Hypotheken werden so behandelt, wie wenn der Gläubiger bei Bewilligung der Schuldübernahme auf die Hypothek verzichtet hätte, d. h. verwandeln sich in eine Eigenthümerhypothek[14]). Anders nur, wenn die Bürgen oder dritten Pfandbesitzer[15]) in die Schuldübernahme einwilligen. Der Grund liegt darin, daß die vertraglich übernommene Sicherheit nur für den bisherigen Schuldner (mit Rücksicht auf dessen Person und vermuthliche Leistungsfähigkeit) übernommen ist. Es verstieße gegen den Vertrag, statt dessen eine beliebige andere Person als Hauptschuldner unterzuschieben. Für diese braucht der Bürge oder Pfandschuldner nicht einzustehen. Doch kann er sein Einstehen auf sie erstrecken, und zwar genügt dazu einfache Zustimmung zum Uebernahmevertrage[16]). Im Falle der nach § 415 BGB. vorgenommenen Schuldübernahme ist sie von der Genehmigung des Gläubigers abhängig[17]). Auch kann durch nachträgliche Zustimmung ein neuer Sicherungsvertrag für das modifizirte Schuldverhältniß zu Stande kommen[18]). Uebernimmt der Pfandschuldner selbst die persönliche Schuld, so liegt in der Uebernahme regelmäßig auch die Einwilligung in das Fortbestehen des Pfandrechts.

Schlechthin erlöschen mit der Schuldübernahme die konkursmäßigen Vorzugsrechte[19]) des Gläubigers gegenüber dem alten Schuldner. § 418 Abs. 2. Es versteht sich von selbst, daß durch

13) Die daraus sich ergebenden Verpflichtungen des Gläubigers (z. B. Löschungsbewilligung einer zu seinen Gunsten bestehenden Vormerkung, Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder) sind im Sachenrecht zu erörtern. Wegen der Hypotheken s. noch unten Note 14.

14) S. §§ 1165, 1168, 1175 BGB.

15) Die Personen, denen der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört. § 418 Abs. 1 i. f.

16) Im Sinne der §§ 182, 183 BGB. (Bd. I § 82). Bestritten ist, ob auch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) genügt. Doch spricht § 418 BGB. ausdrücklich nur von Einwilligung; mangels derselben sind im Augenblick des Uebernahmevertrags die betreffenden Bürgschaften und Pfandrechte erloschen. Auch die Rückwirkung der Genehmigung kann erworbene Rechte Dritter aus dem Erlöschen nicht beseitigen, selbst wenn man ein Wiederaufleben der erloschenen Rechte aus der Rückwirkung annehmen wollte.

17) Denn bevor der ursprüngliche Schuldner nicht freigegeben worden ist, kann von einem Erlöschen der für ihn bestellten Sicherheiten keine Rede sein. Keinen der bisherigen Betheiligten berührt es in seinen Rechten, wenn sich daneben noch ein Anderer verpflichtet.

18) Eine neue Verbürgung oder Pfandbestellung. An sich liegt in der nachträglichen Erklärung des Bürgen oder Eigenthümers der Pfandsache nur ein Vertragsantrag. Hinsichtlich der Frage seiner Annahme gelten die allgemeinen Grundsätze (s. o. Bd. I §§ 86 ff., 89 ff.). Bei Bürgschaft muß § 766 BGB., bei Pfandbestellung die betreffenden sachenrechtlichen Formvorschriften beachtet werden.

19) Vgl. § 61 KO. u. oben § 183 Ziff. 3.

Privatverfügung die gesetzliche Rangordnung der Gläubigerschaft nicht verändert werden kann[20]).

3. Nach der Schuldübernahme können dem Uebernehmer aus seinem persönlichen Verhältniß zum Gläubiger neue Einwendungen erwachsen[21]). Z. B. kann er mit eigenen Gegenforderungen wider den Gläubiger aufrechnen. Und wenn der Schuldübernahmevertrag als solcher nichtig[22]) ist, erlangt der Gläubiger gegen den neuen Schuldner überhaupt keine Rechte. Dagegen kann dieser ein dem ursprünglichen Schuldner zustehendes Anfechtungsrecht nicht ausüben und noch viel weniger dem Gläubiger solche Rechte einwenden, die sich aus dem Grunde des Schuldübernahmevertrags zwischen ihm und dem alten Schuldner ergeben[23]).

4. Gegen Vorschützung der genannten Einwendungen kann der Gläubiger sich durch ein verpflichtendes Anerkenntniß des Uebernehmers schützen[24]). § 781 BGB. Ein solches liegt aber nicht schon in einer Anerkennung der Gültigkeit der Schuldabtretung oder in einem einfachen Gesuch um Zahlungsausstand 2c.

III. Gleiche Grundsätze gelten im Allgemeinen bei der bestärkenden Schuldübernahme. Bürgschaften und Pfandrechte bleiben aber hier — mangels Entlastung des bisherigen Schuldners — bestehen[25]).

C. Besondere Fälle.

§ 204.

1. Uebernahme von Hypothekenschulden.

Ein besonders häufiges Geschäft ist beim Grundstückserwerb die Uebernahme von Hypothekenschulden, mit denen die erworbene Sache belastet ist. Diese Schulden werden gewöhnlich auf den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung des Erwerbers übernommen, d. h. um so viel weniger bezahlt[1]). Das hier Ersparte soll[2]) an den

20) Mit Recht betont Dernburg § 157 i. f., daß das Vorrecht gegen den Uebernehmer ein ganz anderes wäre, als das gegen den bisherigen Schuldner.

21) Wie bei der Forderungsabtretung dem Schuldner gegen den Cessionar. S. § 200 II Ziff. 3.

22) Oder infolge durchgeführter Anfechtung vernichtet.

23) S. o. Ziff. I.

24) S. darüber unten § 305, — und wegen Kondiktion des Anerkenntnisses (§ 812 Abs. 2 BGB.) u. §§ 317 ff.

25) Sichern aber natürlich auch nur die Verpflichtung des bisherigen Schuldners.

1) Anderseits ist diese Art von Schuldübernahme auch bei unentgeltlicher Veräußerung des Grundstücks nicht ausgeschlossen. — Es muß aber eine Ver-

Gläubiger bezahlt und damit zugleich die hypothekarische Verhaftung des Grundstücks beseitigt werden[3]). Da der Erwerber des belasteten Grundstücks als solcher dem Gläubiger doch haften würde[4]), belästigt ihn die persönliche Schuldübernahme nicht sehr[5]), und so dient das Geschäft den Interessen aller Theile — vor Allem aber den Interessen des Realkredits[6]). Daher wird diese Schuldübernahme vom Gesetz besonders begünstigt. § 416[7]).

1. Nach Lage der Sache handelt es sich hier um einen Schuldübernahmevertrag, der zwischen dem Erwerber des Grundstückes (als Uebernehmer) und dem Veräußerer desselben (als ursprünglichen Schuldner) geschlossen wird. Dieser Vertrag bedarf, um den Schuldübergang zu bewerkstelligen, nach § 415 BGB. der Genehmigung des Gläubigers[8]). Jedoch bestimmt hier schon das Gesetz selbst eine Frist für die Genehmigungserklärung[9]) — nämlich 6 Monate vom Empfang der unten beschriebenen Mittheilung[10]) an; mit der Folge, daß ein Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der Frist als Genehmigung gilt, falls nicht schon vorher der Gläubiger seine Zustimmung dem Veräußerer gegenüber verweigert hatte. Abs. 1. Durch Trägheit und Schwäche des Gläubigers soll hier die dem Verkehrs-

äußerung (im oben Bd. I § 74 II Ziff. 3 besprochenen Sinne) oder wenigstens eine vertraglich übernommene Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks vorliegen. Vgl. Hellwig S. 415 ff. u. Cit.

2) Sei es unmittelbar oder später (bei Fälligkeit der Schuld).

3) Wenn auch nach § 1163 BGB. eine Eigenthümerhypothek daraus entsteht. Diese bringt dem Eigenthümer selbst Vortheile.

4) Da die Hypothek auf der Sache ruht und mit dieser auf dritte Erwerber der letzteren übergeht. S. über die Realschuldverhältnisse schon oben § 138 Note 30.

5) Statt daß er mit dem Werth des Grundstücks haftet, haftet er nunmehr mit seinem ganzen Vermögen, während der ursprüngliche persönliche Schuldner frei wird.

6) Der Gläubiger müßte sonst eventuell den Erwerber und den Veräußerer des Grundstücks verklagen, um zu seinem Gelde zu kommen (ja, wenn das Grundstück durch mehrere Hände gegangen ist, unter Umständen eine ganze Anzahl von Personen). Der Veräußerer würde immer noch haften, trotzdem die Schuld doch wesentlich nicht mit Rücksicht auf seinen Personalkredit, sondern auf den Realkredit des Grundstücks kontrahirt wurde. Nachdem er dieses verloren hat, fehlt häufig jedes Interesse, ihn noch weiter haften zu lassen.

7) Vorbild ist nicht sowohl das preuß. Eigenthumserwerbsgesetz v. 5. Mai 1872 § 41, als das bayr. Gesetz v. 9. Mai 1886 Art. 1 N. 2.

8) S. o. § 202 Ziff. 3b. — Ist der Veräußerer nicht persönlicher Schuldner (sondern nur Pfandschuldner), so kommt § 416 BGB. nicht zur Anwendung. Z. B. nicht bei Grundschulden. — Der Erwerber kann von einem etwaigen Dritten als persönlichen Schuldner dessen Schuld nur nach § 415 übernehmen.

9) Im Gegensatz zu § 202 Note 32 ff.

10) Der Mittheilung des Uebernahmevertrages, von der im Allgemeinen schon oben § 202 Note 27 die Rede war.

interesse entsprechende Entlastung des bisherigen Eigenthümers (der Uebergang seiner persönlichen Verpflichtung auf den Erwerber) nicht hintangehalten werden.

a) Uebrigens kann die Genehmigung des Gläubigers hier nur auf Mittheilung des bisherigen Schuldners (Veräußerers) hin erfolgen. Weil der Veräußerer hauptsächlich an dem Zustandekommen der Schuldübernahme interessirt ist, und zur Vermeidung von Verwickelungen nur Einer die Sache in die Hand nehmen soll[11]). Doch kann der Grundstückserwerber gegenüber seinem Kontrahenten (aus dem Vertrage) die Mittheilung an den Gläubiger verlangen, und hat auch ein Recht auf Benachrichtigung von dem Ergebniß (weil davon seine Haftung abhängt). Abs. 3[12]).

b) Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen worden ist[13]). Denn erst hierdurch wird die Rechtsstellung des Erwerbers definitiv, sodaß dem Gläubiger ein definitiver Entschluß angesonnen werden kann. Doch kann letzterer den Entschluß auch früher fassen, und ist die frühere Mittheilung diesenfalls nicht ungültig[14]).

c) Auch muß die Mittheilung (im Gegensatz zu § 415) in schriftlicher Form geschehen[15]). Sie muß nämlich den Hinweis darauf enthalten, daß beim Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der oben erwähnten 6 Monate[16]) der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Gläubigers treten werde. Abs. 2[17]). Ohne ausreichende Verwarnung kann das Präjudiz nicht eintreten[18]).

---

11) Doch kann eine vom Erwerber des Grundstücks gemachte Anzeige auch hier als besondere Vertragsofferte im Sinne des § 414 BGB. in Betracht kommen. S. u. Ziff. 2.

12) Andernfalls wird der Veräußerer dem Erwerber aus der Unterlassung schadensersatzpflichtig. — Die hier besprochenen Rechte bestehen nur im Verhältniß des Grundstückserwerbers zum Veräußerer.

13) S. dazu §§ 873, 925 BGB. und die Lehre vom Eigenthumserwerb an Grundstücken.

14) Z. B. die unmittelbar nach der Auflassung gemachte Mittheilung. Hier ist aber ein positiver Entschluß des Gläubigers erforderlich. Schweigen im Sinne des § 416 Abs. 1 i. f. genügt nicht. Dernburg § 159 III Ziff. 1.

15) S. § 126 BGB. u. oben Bd. I § 87 Ziff. 3a. Es ist eigenhändige Unterschrift des Veräußerers erforderlich.

16) Genauer: falls nicht vor Ablauf der Frist die Verweigerungserklärung des Gläubigers bei dem Veräußerer eingeht. S. o. Bd. I § 88 Ziff. 2.

17) Schwierigkeiten macht unter Umständen die richtige Adresse. Vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 230.

18) Mittheilung der Schuldübernahme im Anschluß an die Veräußerung des Grundstücks „unter Bezugnahme auf § 416 BGB." wird aber genügen.

d) Da schon das Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der Frist eine Genehmigung der Schuldübernahme enthält, so folgt, daß die Genehmigung auch in anderer formloser Weise (an den Veräußerer oder an den Uebernehmer) erklärt werden kann[19]). Dagegen ist zu einer gültigen Verweigerung der Genehmigung rechtzeitige Erklärung an den Veräußerer zu verlangen[20]). Arg. § 416 Abs. 1 i. f.

2. Alle diese Vorschriften sind zwingend in dem Sinne, daß mangels Beobachtung derselben die sechsmonatige Frist mit dem Präjudiz der Genehmigung des Gläubigers nicht in Gang kommt[21]). Abgesehen davon können die Parteien vereinbaren, was sie wollen. Z. B. können sie vorzeitige oder nicht schriftliche Benachrichtigung des Gläubigers für zulässig erklären, ja überhaupt den ganzen § 416 ausschließen und die Schuldübernahme im Wege des § 415 BGB. vollziehen[22]).

Ebenso kann, selbst wenn die Parteien den § 416 beobachten, die Schuldübernahme immer noch unabhängig davon nach § 414 BGB. zu Stande kommen, indem der Grundstückserwerber seinerseits[23]) dem Gläubiger die Uebernahme mittheilt, und letzterer den darin liegenden Antrag des Uebernehmers annimmt[24]).

3. Der Grundstückserwerber kann auch hier dem Gläubiger sämmtliche Einwendungen entgegensetzen, die der Veräußerer ihm zur Zeit der Schuldübernahme entgegensetzen konnte[25]). Dies ist um deswillen hervorzuheben[26]), weil, wenn die Lasten auf

---

19) Arg. § 182 BGB. Eventuell auch durch Klage wider den Uebernehmer. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 255.

20) Dernburg § 159 III Ziff. 5; Schollmeyer § 416 Note 3b. Im Uebrigen kann auch die Verweigerungserklärung formlos sein. Doch wird der Gläubiger gutthun, sich den Beweis zu sichern (wozu die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an den Veräußerer genügt).

21) Wer sich auf die vollzogene Schuldübernahme beruft, muß das Vorhandensein dieser Voraussetzungen (insbesondere der schriftlichen Mittheilung und des Ablaufs von 6 Monaten seitdem) beweisen. Der Gegner hat den Beweis zu führen, daß innerhalb der Frist die Verweigerung der Genehmigung erklärt worden sei. S. vor. Note.

22) In diesem Falle kommt dann insbesondere auch § 415 Abs. 2 Satz 2 zur Anwendung, der in § 416 Abs. 1 i. f. für unsern Fall ausgeschlossen wird. An Stelle der sechsmonatigen Frist tritt die von den Parteien gesetzte. Nichterklärung des Gläubigers innerhalb dieser Frist gilt als Verweigerung der Genehmigung ꝛc. Vgl. auch Schollmeyer § 417 Note 4.

23) Also unabhängig vom Veräußerer und bisherigen Schuldner, der die Mittheilung nach Ziff. 1a zu bewerkstelligen hat.

24) S. o. § 202 Note 36ff.

25) S. § 417 BGB. u. oben § 203 Ziff. II.

26) Es war auch im bisherigen Rechte zweifelhaft. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 403, Bd. 7 S. 220ff.

den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung des Erwerbers übernommen sind, gezweifelt werden könnte, ob der Erwerber an der Vorschützung dieser Einwendungen wider den Gläubiger ein Interesse habe[27]). Indessen sowenig wie der Uebernehmer nach § 417 Abs. 2 dem Gläubiger Einwendungen aus seinem der Uebernahme zu Grunde liegenden Verhältniß mit dem Schuldner entgegensetzen kann, ebensowenig kann sich der Gläubiger wider den Uebernehmer auf jenes Verhältniß berufen. Das Gesetz hat die Schuldübernahme abstrakt gestellt; ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen sind im gewöhnlichen Wege unter den Betheiligten auszugleichen[28]).

War die Genehmigung des Gläubigers verweigert und kommt die Schuldübernahme auch nicht nach § 414 zu Stande, so bleibt der Veräußerer persönlich verpflichtet. Der Erwerber haftet dem Gläubiger hypothekarisch[29]). Daneben ist er regelmäßig dem Veräußerer verpflichtet, dessen persönliche Schuld an den Gläubiger zu berichtigen[30]). § 415 Abs. 3.

4. Die Vorschriften des § 416 BGB. werden auch auf die Zwangsversteigerung von Immobilien entsprechend angewendet. § 53 RG. über die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897. Soweit nach diesem Gesetze Hypotheken auf dem versteigerten Grundstück liegen bleiben[31]) und der subhastirte Schuldner für dieselben persönlich haftete, kann die Hypothek auf den Steigpreis übernommen werden. Der Schuldner ist als Veräußerer im obigen Sinne zu behandeln.

In diesem Fall wird das Prinzip sogar auf Grundschulden[32]) erstreckt[33]), wenn der subhastirte Schuldner zugleich persönlich haftet

27) Mit Beziehung auf §§ 157, 242 BGB.

28) Vgl. u. §§ 317 ff.

29) S. o. Note 4.

30) Also auch soweit dies die hypothekarische Verhaftung des Erwerbers übersteigt. Es folgt aus der in der Schuldübernahme im Zweifel liegenden Erfüllungsübernahme. S. o. § 202 Ziff. 2 u. 3 zu Note 22. — Muß der Veräußerer dennoch bezahlen, so hat er nicht bloß aus dem Uebernahmevertrage (der durch ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners unerfüllt blieb) Regreß gegen den Erwerber, sondern tritt auch in die Hypothek des Gläubigers ein. S. § 1164 BGB. u. oben § 201.

31) D. h. insoweit sie bei Feststellung des Mindestgebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung gemäß § 49 zu decken sind. S. § 52 eod. und das Recht der Immobiliarzwangsversteigerung.

32) Und Rentenschulden. § 53 Abs. 2 eod. Trotzdem die Grundschuld (Rentenschuld) zu ihrer Wirksamkeit keine persönliche Forderung voraussetzt (siehe §§ 1192, 1199 BGB.).

33) Ueber die gewöhnliche Nichtanwendbarkeit des § 416 bei einfachen Pfandschulden s. o. Note 8.

und der Schuldübernahmevertrag zwischen ihm und dem Ansteigerer zu Stande kommt. Doch muß der Schuldner spätestens bis zur Aufforderung zur Abgabe von Geboten im Versteigerungstermin die Forderung nach Grund und Betrag angeben[34]), damit die Zugehörigkeit hervortritt[35]).

§ 205.

2. Vermögensübernahme.

Wer durch Vertrag das ganze gegenwärtige oder einen Bruchtheil des Vermögens[1]) eines Anderen[2]) übernimmt, wird dadurch nicht Gesammtrechtsnachfolger des Uebertragenden[3]); es gehen also auf ihn die Schulden des Veräußerers nicht von selbst im entsprechenden Maße über[4]). Gleichwohl entspricht es der Verkehrsauffassung[5]), daß Schulden, die wirthschaftlich aus dem übertragenen Vermögen vorzugsweise zu berichtigen waren, auch von dem Erwerber dieses Vermögens beigetrieben werden können. Sonst läge in der Vermögensübertragung eine starke Gefahr für die Gläubiger[6]).

Es handelt sich daher darum, den Erwerber des Vermögens für die darauf lastenden Schulden verbindlich zu machen — sei es an Stelle oder neben dem bisherigen Schuldner. Ersteres wäre einfache

---

34) Und auf Verlangen des Gerichts oder eines Betheiligten glaubhaft machen.

35) Andernfalls kann die Schuldübernahme nicht nach § 416 BGB., sondern nur unabhängig von der Versteigerung nach § 415 erfolgen.

1) S. § 311 BGB. u. oben § 166 bei Note 32 ff.

2) Auch ein Sondervermögen (s. o. Bd. I § 31 Ziff. 2). Hauptfall ist der Erbschaftskauf und die ihm gleichstehenden Fälle. S. §§ 2371 ff., 2385 BGB. — Die Ausnahme einzelner Vermögensstücke in allen diesen Fällen schadet nichts. § 419 BGB. bleibt trotzdem anwendbar.

3) S. o. Bd. I § 31 Note 8. Hellwig S. 390 ff.

4) Die Römer gaben denn auch keine Klagen wegen der Schulden gegen den Erwerber des Vermögens.

5) Dieselbe hat sich im deutschen Recht (Lehensschulden, Fideikommißschulden 2c.) und in den neueren Partikularrechten entwickelt. Vgl. z. B. Preuß. A.LR. Anh. § 19 zu I Tit. 11 § 646 bei Vermögensabtretung gegen lebenslängliche Versorgung (Vitalizienvertrag), ferner I Tit. 11 § 463 beim Erbschaftskauf; nach der Praxis (Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 383) auch bei Schenkung eines Vermögens. Aehnlich dann auch in Theorie und Praxis des neueren gemeinen Rechts (vgl. Delbrück S. 70 ff., v. Blume, Novation 2c. S. 136, Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 100) und im Handelsrecht bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts (darüber jetzt unten Ziff. 4).

6) Der Uebertragende hätte möglicherweise nicht mehr genug zur Befriedigung der Gläubiger und der Vermögenserwerber wäre den Gläubigern nichts schuldig. — Die Anfechtung der Vermögensübertragung (oben § 183) wäre nicht immer thunlich, jedenfalls umständlich und zeitraubend. Auch würde sie vielfach über das praktisch erstrebenswerthe Ziel hinausgehen.

Schuldübernahme: sie setzt Einverständniß des Gläubigers voraus[7]) und ist auch hier jedenfalls möglich. Aber es wird selten dazu kommen, — einmal weil die Parteien bei der Vermögensübertragung gewöhnlich kein genügendes Interesse für die Schulden haben[8]), anderntheils weil der Gläubiger regelmäßig mehrere sind und die Schuldübernahme nicht mit Jedem zu bewerkstelligen — die entsprechenden Maßnahmen den Parteien nicht zuzumuthen sind.

Den Interessen aller Betheiligten wird daher viel einfacher durch eine bestärkende Schuldübernahme[9]) gedient, die das Gesetz hier ohne Weiteres vorschreibt. § 419 BGB. Danach haftet der Vermögensübernehmer den Gläubigern für alle zur Zeit der Vermögensübertragung bestehenden Schulden und Ansprüche persönlich neben dem Veräußerer[10]). Die Vorschrift des § 419 BGB. ist zwingend[11]), insofern die Haftung des Vermögenserwerbers für die Schulden nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Veräußerer ausgeschlossen oder unter das Maß des § 419 beschränkt werden kann[12]). Abs. 3. Die bisherige Haftung des Veräußerers wird nicht aufgehoben[13]).

1. Die gesetzliche Haftung des Vermögenserwerbers knüpft sich unmittelbar an den in § 311 besprochenen Vertragsschluß. Eine Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke auf den Erwerber[14]) ist nicht erforderlich. Ebensowenig bedarf es einer Mittheilung an die Gläubiger oder einer Genehmigung der letzteren. Sie erlangen durch den Vertrag nur Rechte wider den Erwerber. — Dagegen ist der Abschluß eines richtigen Schuldübernahmevertrages (mit befreiender Wirkung für den Veräußerer) unter Zustimmung einzelner Gläubiger[15]) durch § 419 BGB. keineswegs ausgeschlossen[16]).

7) S. o. § 202, bes. Ziff. 3b.

8) Sodaß sie sich um das Zustandekommen der Uebernahme bemühen.

9) S. o. § 202 bei Note 5.

10) Das Gesetz kann nicht einfach den Gläubigern ohne ihre Zustimmung ihren bisherigen Schuldner entziehen. Dies würde auch deshalb zu weit gehen, weil der Vermögenserwerber regelmäßig nicht weiter haften soll als der Bestand des übertragenen Vermögens (s. u.). Für den Rest muß also der ursprüngliche Schuldner sowieso verhaftet bleiben.

11) Es entsteht ein Gesammtschuldverhältniß. S. u. § 206 zu Note 49. Die Gläubiger haben daher die Wahl, wen sie verklagen wollen. Rechtskraft aus dem einen Prozesse für den anderen tritt aber regelmäßig nicht ein (s. § 325 CPO.). Wegen vollstreckbarer Ausfertigung des gegen den Veräußerer erstrittenen Urtheils wider den Uebernehmer s. § 729 CPO.

12) Abgesehen davon, also insbesondere in ihrem Verhältniß zueinander können die Parteien bestimmen, was sie wollen. S. auch unten Ziff. 1.

13) Vielmehr erst durch die Zahlung.

14) Durch Auflassung, Uebergabe der einzelnen Sachen, Abtretung der Forderungen ꝛc.

15) Und selbstverständlich auch nur mit Wirkung gegen diese.

Ist der Veräußerungsvertrag ungültig[17]), so kann natürlich von einer Haftung des Uebernehmers für die Schulden keine Rede sein. Der Veräußerer haftet allein.

2. Der Erwerber haftet nur für diejenigen Schulden, welche zur Zeit des Veräußerungsvertrages existirten. Der Zeitpunkt der Fälligkeit ist gleichgültig. Der Uebernehmer hat sämmtliche Einwendungen, die zu derselben Zeit von Seiten des Veräußerers gegen die Schuld begründet waren[18]). Daneben hat er von sich aus eigene Einwendungen[19]). Unter diesen nimmt der gleich folgende eine besonders wichtige Stelle ein.

3. Die Haftung des Uebernehmers für die Schulden ist keine unbeschränkte. Vielmehr, da ihr Grund einzig darin liegt, daß die Schulden aus den übertragenen Aktiven Deckung finden sollen, geht sie nicht weiter als bis zum Bestand des übertragenen Aktivvermögens (einschließlich der Ansprüche, die dem Erwerber aus dem Vertrage wider den Veräußerer zustehen). Abs. 2[20]). Die Berufung auf die Unzulänglichkeit des übertragenen Vermögens ist eine Einrede des Erwerbers[21]), ähnlich der Einrede der beschränkten Haftung des Erben aus einem überschuldeten Nachlasse[22]). Der Uebernehmer muß also die Beschränkung seiner Haftung geltend machen (sonst wird sie nicht berücksichtigt) und den Bestand des übertragenen Vermögens durch ein Verzeichniß desselben darthun[23]). Er wird im Allgemeinen wie ein Erbe behandelt, gegen den die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht stattfindet[24]). Wie dieser

---

16) Es kommt dann nicht § 419 BGB., sondern das oben §§ 202 ff. Gesagte zur Anwendung.

17) Nichtig oder von Seiten der anfechtungsberechtigten Partei mit Erfolg angefochten. S. o. § 203 Note 3.

18) In dem oben § 200 Note 28 resp. § 203 Note 9 besprochenen Sinne.

19) In dem gewöhnlichen Umfang, s. o. § 203 zu Note 21 ff. Also nicht aus dem zwischen ihm und dem Veräußerer bestehenden Rechtsgrund der Vermögensübertragung.

20) Also z. B. wenn der Vertrag noch nicht erfüllt ist, haftet der Erwerber nur mit seinem Anspruch auf Erfüllung dieses Vertrages; ist der Vertrag theilweise erfüllt, so haftet er mit dem Empfangenen und seiner Restforderung.

21) S. o. Bd. I § 36 bei Note 11.

22) S. §§ 1975 ff. BGB. und das Erbrecht.

23) S. o. Bd. I § 135. Doch ist die Errichtung eines solchen Vermögensverzeichnisses nicht Voraussetzung der beschränkten Haftung des Uebernehmers. Dies ergibt sich aus der Bezugnahme des § 419 Abs. 2 auf die §§ 1990, 1991 BGB. Das Inventar ist nur das hauptsächlichste Beweismittel für den vom Uebernehmer zu führenden Beweis des übernommenen Vermögens. Außerdem können die Gläubiger es nach § 260 BGB. verlangen, da ihnen (nach § 1990 Abs. 1) das übertragene Vermögen zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben ist.

die Auszahlung der Erbschaftsschulden bis zum Belauf des Nachlasses selbst vorzunehmen hat, so hier der Uebernehmer. Die Einrede schließt die Verurtheilung des Uebernehmers nicht aus; es wird ihm auf Grund desselben nur die beschränkte Haftung[25]) im Urtheil vorbehalten (§§ 780 Abs. 1, 786 CPO.). Kraft des Vorbehalts hat er dann weitere Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, wenn diese über das vorbehaltene Maß hinausgeht (§ 781 CPO.). Ebenso wenn der Veräußerer verurtheilt wurde und das Urtheil in das übertragene Vermögen vollstreckt wird[26]). Der Uebernehmer ist verpflichtet, das übertragene Vermögen (d. h. die dazu gehörigen einzelnen Vermögensstücke) nach Abzug seiner Aufwendungen[27]) dem Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung[28]) herauszugeben (§ 1990 BGB.), den Rest erhält er zurück. Eine besondere Rangordnung der Befriedigung findet nicht statt. Die später kommenden Gläubiger erhalten auf diesem Wege nur, was noch übrig ist[29]), es sei denn, daß der Uebernehmer nach den Umständen erkennen konnte, daß das Vermögen zur Berichtigung sämmtlicher Schulden nicht ausreicht (arg. §§ 1979, 1991 Abs. 1 BGB.). In diesem Falle würde er sich durch Bevorzugung einzelner Gläubiger verantwortlich machen[30]). Ueberhaupt ist er den Gläubigern zur ordnungsmäßigen Verwaltung des übertragenen Vermögens verpflichtet[31]), — daher auch zur gehörigen Vorschützung der Einrede der beschränkten Haftung selbst[32]), falls mangels derselben anderen Gläubigern etwas abgeht[33]). Die Ersatzbeträge werden zu dem herauszugebenden Ver-

---

24) Mangels hinreichender Masse. S. §§ 1990, 1991 BGB. u. unten das Erbrecht.

25) Bis zum Belauf des übertragenen Vermögens.

26) Nach § 729 CPO. S. o. Note 11.

27) Arg. § 1991 Abs. 1 BGB.

28) Versteigerung der Sachen, Ueberweisung der Forderungen im gewöhnlichen Wege der Zwangsvollstreckung &c.

29) Denjenigen Gläubigern, die sich gleichzeitig melden, wird das vorhandene Vermögen gemeinschaftlich zum Zwecke der Zwangsbefriedigung herausgegeben. — Rechtskräftige Verurtheilung des Uebernehmers gegenüber einem Gläubiger wirkt aber (nach § 1991 Abs. 3 BGB.) den anderen gegenüber wie eine wirkliche Befriedigung, mindert also die den anderen Gläubigern herauszugebende Bereicherung des Uebernehmers.

30) Vielmehr hat er dann eventuell die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Vgl. auch Strohal, Erbrecht § 81.

31) Wie ein Beauftragter. S. §§ 1978, 1991 Abs. 1 BGB. u. unten die Lehre vom Auftrag.

32) S. o. vor Note 23.

33) Durch Erschöpfung des Aktivvermögens infolge unbeschränkter Auszahlung. In diesem Fall kann also der Uebernehmer bei Herausgabe des Vermögens den späteren Gläubigern nicht abziehen, was er zur vollen Befriedigung

mögen geschlagen. Eine Verminderung desselben durch Vereinigung von Rechten und Pflichten in der Person des Uebernehmers[34]) tritt im Verhältniß zu den Gläubigern nicht ein (arg. § 1991 Abs. 2 BGB.). Im Uebrigen ist auf den entsprechenden Fall der Erbenhaftung zu verweisen.

4. Besondere Regeln gelten im Falle des Erbschaftskaufs (§§ 2371 ff., 2385 BGB.) und der Uebernahme eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma (§ 25 HGB.)[35]).

5. Das Verhältniß des Uebernehmers zum Veräußerer gehört auch hier nicht zum Gegenstand der Lehre[36]). Es richtet sich nach dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Verpflichtungsverhältnisse (dem Inhalt des Uebernahmevertrages). Danach wird regelmäßig der Uebernehmer dem Veräußerer gegenüber auch die Schulden zu tragen haben, wie er die Aktiven überkommen hat[37]), also wegen der Zahlung nicht gegen den Veräußerer Regreß nehmen können.

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern*.

I. Theilschuldverhältnisse — Gesammtschuldverhältnisse.

§ 206.

Wenn eine und dieselbe Leistung von Mehreren geschuldet wird oder an mehrere Personen zu bewirken ist, so liegen soviel Schuldverhältnisse vor, als Personen auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite

---

des früheren verwendet hat. — Dies gilt namentlich auch, wenn die Befriedigung des anderen Gläubigers außerprozessualisch erfolgte. Auch außerhalb eines Prozesses ist die Einrede der beschränkten Haftung geltend zu machen (s. Bd. I § 36 zu Note 6). Will der Gläubiger sie nicht gelten lassen, so darf der Uebernehmer nicht zahlen, sondern muß Klage abwarten.

34) Confusio. S. o. § 196. Es kommt aber nicht blos die schuldrechtliche in Betracht.

35) S. darüber das Erbrecht, und in Betreff des letzteren Falles Hellwig S. 399 und die Schriftsteller des Handelsrechts. — Bemerkenswerth im letzteren Falle ist namentlich, daß der Uebernehmer unbeschränkt haftet, sofern nicht eine abweichende Beredung in der üblichen Weise bekannt gemacht worden ist. Ueber den Fall der Nichtfortführung der Firma s. § 25 Abs. 3; über den Fall des Eintritts eines Socius in ein Geschäft § 28 HGB.

36) S. o. § 203 Ziff. I.

37) Im Zweifel wird das übertragene Vermögen unter Abzug der Schulden zu verstehen sein.

*) Vgl. außer den oben § 139 Citirten noch Binder, Die Korrealobligationen im röm. u. heut. Recht (1899); Hruza im sächs. Archiv Bd. 5 S. 193, 273, 401; Crome in Ihering's Jahrb. Bd. 35 S. 100; Wendt, Unterlassungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 70. — Stammler S. 247; Dernburg

vorhanden sind [1]). Aber sämmtliche Schuldverhältnisse gehen auf dasselbe Ziel, und dies schafft bei ihnen neue und eigenthümliche Beziehungen, die hier am Schluß des allgemeinen Schuldrechts zu erörtern sind.

Ein Doppeltes kommt vor.

I. Die Leistungspflicht des Ganzen [2]) vertheilt sich auf die mehreren Personen, sodaß jeder Schuldner nur seinen Antheil zu leisten, jeder Gläubiger seinen Antheil zu forden hat.

1. Dies ist nicht das Gewöhnliche, obwohl man es vielfach dafür, ja oft geradezu als etwas Selbstverständliches gehalten hat [3]). Denn meistens kommt der Gläubiger dabei zu kurz. Wenn sich die Leistungspflicht in soviel Theile spaltet, als Schuldner vorhanden sind, so ist das rechtliche Schicksal dieser verschiedenen Verbindlichkeiten grundsätzlich ein verschiedenes. Sie sind selbständig und unabhängig von einander: jeder Schuldner haftet nur für seinen Antheil [4]); er haftet auch nicht für mehr, wenn unter den Mitschuldnern sich einzelne Zahlungsunfähige befinden, an deren Antheil der Gläubiger einen Ausfall erleidet!

Vollends aber, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich versprochen haben, 1000 zu leisten, so haben sie doch Jeder diese Summe versprochen, und es ist gegen das Vertragsverhältniß, wenn sie statt dessen hinterher Jeder nur eine Rate leisten wollen [5]). Um so mehr, wenn sich, wie oben, einzelne Zahlungsunfähige darunter befinden, von denen die Rate sich als nicht beitreibbar herausstellt. Der Ausfall, den hier der Gläubiger erlitte, wäre sicherlich nicht gewollt.

a) Deshalb verfügt unser Gesetz [6]), daß, wenn Mehrere in einem gemeinschaftlich abgeschlossenen Vertrage [7]) eine theilbare Lei-

---

§§ 160—166; Endemann I §§ 154 ff.; Cosack §§ 118—120; Mathiaß I § 102; Enneccerus I §§ 231—237.

1) S. die ausführliche Rechtfertigung dieses Grundsatzes oben § 139.

2) Im wirthschaftlichen Sinne! Also des gesammten Resultats, das durch die mehreren Schuldverhältnisse erreicht werden soll.

3) So nach röm. und ehemaligem gemeinen Recht (vgl. l. 6 Cod. fam. erc. 3, 36; l. 1, 2 Cod. de act. hered. 4, 16. „Nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt." Dies wurde als Regel auch auf andere condebitores etc. übertragen). Ebenso nach Code Nap. Art. 1202, 1220, dem sächs. GB. §§ 663, 1020, 1021 u. a. Das bürgerliche Gesetzbuch stellt in dieser Lehre (§ 420) einen Satz an die Spitze, der äußerlich dieselbe Regel enthält, aber durch soviel Ausnahmen durchbrochen wird, daß sich die Regel praktisch in ihr Gegentheil verkehrt. S. auch Cosack § 118 Ziff. 2.

4) Dies ist seine Leistung (§ 241) im Rechtssinne.

5) Trotzdem die ganze Summe, wie vorauszusetzen, nach Inhalt des Vertrages nur einmal geleistet werden soll.

6) Im Anschluß an das Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 424, 425.

stung versprechen[8]), sie im Zweifel[9]) jeder für das Ganze haften (als Gesammtschuldner). § 427 BGB.[10]). Ebenso aus einem gemeinschaftlich abgegebenen einseitigen Versprechen, soweit daraus Schuldverhältnisse entspringen[11]).

b) Aehnlich verhält es sich, wenn eine theilbare Verbindlichkeit durch Erbgang auf mehrere Erben des Schuldners übergeht. Auch hier würde, wenn die Verbindlichkeit sich in mehrere Theile zerschlüge, sodaß jeder Erbe nur für seinen Antheil haftete, die Stellung des Gläubigers in einer dem Inhalt des Schuldverhältnisses widerstreitenden Weise verschlechtert. Doch ist die moderne Regelung dieses Falles eine komplizirtere[12]).

c) Umgekehrt können Miterben als Gläubiger nur ungetheilte Leistung des Schuldners an Alle, also in die Gesammtmasse, verlangen[13]).

d) Berücksichtigt man, daß hierneben das Gesetz noch in zahlreichen Einzelfällen eine Gesammtverpflichtung verfügt, — daß eine soche sich unter Umständen aus der Natur der Sache oder einer besonderen Verabredung des Betheiligten ergibt (s. u. Ziff. II), so bleiben für die Zersplitterung der Leistungspflicht in mehrere selbständige Theilschuldverhältnisse verhältnißmäßig nur wenige Fälle übrig.

2. Zur Ermöglichung von Theilschuldverhältnissen muß selbstverständlich zunächst die Leistung selbst theilbar sein[14]). § 420

---

7) Ist der Vertrag kein gemeinschaftlicher, so ist § 427 BGB. nicht anwendbar. Ueber diesen Fall s. u. zu Note 41 ff.

8) Ist die Leistung untheilbar, so gelten besondere Regeln. S. u. bes. § 209.

9) Mangels anderweitiger Bestimmung im Vertrage. — § 427 BGB. enthält (trotz der Ausdrucksweise „im Zweifel") einen ergänzenden Rechtssatz, keine bloße Auslegungsregel. Stammler S. 79, 81; Schollmeyer § 427 Note 2c.

10) Ueber die Bedeutung der gesammtschuldnerischen Haftung s. u. Ziff. II.

11) Z. B. aus der gemeinschaftlichen Ausstellung eines Inhaberpapiers. Dernburg § 161 Ziff. II gegen Ende.

12) Es wird davon im Erbrecht die Rede sein. Nach § 2058 BGB. ist ebenfalls Gesammthaftung der Erben verfügt. Doch soll die Schuld zunächst aus der Gesammtmasse (der noch ungetheilten Erbschaft) getilgt werden. Gegen die Masse figurirt die Schuld als sog. „Nachlaßverbindlichkeit", ähnlich wie eine „Gesellschaftsschuld" zunächst aus dem Vermögen der Gesellschaft Befriedigung finden soll. Es handelt sich um die oben § 139 Ziff. 2b angedeuteten Modifikationen der Verpflichtung aus Schuldverhältnissen, die zu einem bestimmten Sondervermögen gehören.

13) Weil die Leistung in erster Linie diesem Vermögen (s. die vor. Note), an dem Alle berechtigt sind, zu Gute kommen soll. Prinzip der modernen „Erbengemeinschaft". Aehnlich bei Gesellschaftsforderungen; nur daß hier in erster Linie der Inhalt des Gesellschaftsvertrages entscheidet.

14) Ueber die Theilbarkeit der Leistung s. o. § 145 Ziff. 4. Ueber die Be-

BGB. Denn sonst könnte das einheitliche Ziel sämmtlicher Theilschuldverhältnisse auf den getrennten Wegen nicht erreicht werden. Bei Theilbarkeit bildet die Spaltung der Leistungspflicht in mehrere Theile übrigens immer noch in dem Sinne die Regel, daß sie eintritt, wenn das Gesetz oder die Parteien nicht (direkt oder indirekt) ein Anderes angeordnet haben[15]). So z. B. in dem Falle, da mehrere Gläubiger[16]) sich gemeinschaftlich eine theilbare Leistung haben versprechen lassen[17]).

Für die Behandlung der Theilschuldverhältnisse gilt Folgendes.

a) Es handelt sich um selbständige und voneinander unabhängige Verpflichtungen. Demgemäß haftet grundsätzlich kein Theilschuldner für die Leistung des anderen, mag dieser nicht leisten können oder wollen. Die Folgen eines Verschuldens, von Leistungs- und Annahmeverzug ꝛc. wirken über das Schuldverhältniß, in dem sie eingetreten sind, nicht hinaus.

b) Auf der anderen Seite kann, wenn die mehreren Schuldverhältnisse auf einem Vertrage beruhen, durch den Vertrag eine nähere Beziehung derselben untereinander herbeigeführt werden, ohne daß die allgemeine Selbständigkeit verloren geht. So gilt es bei gegenseitigen Verträgen als Regel, daß der Gegner, wenn er nicht vorzuleisten hat, die von ihm zu bewirkende Gegenleistung bis zum Empfang sämmtlicher Raten zurückhalten kann. Daß diese von mehreren Personen geschuldet werden, kann sein vertragsmäßiges Recht auf Zug- um Zugleistung nicht berühren. § 320 Abs. 1 S. 2 BGB.[18]).

c) Mangels anderweitiger Bestimmung sollen die geschuldeten Raten in sämmtlichen Theilschuldverhältnissen gleich sein. § 420 i. f.[19]).

---

handlung der Fälle, da Mehrere etwas Untheilbares verschulden oder zu fordern haben, s. u. § 209.

15) Ueber die Bedeutung der Vorschrift des § 420 BGB. als eines ergänzenden Rechtssatzes s. o. Note 9.

16) Der Hauptgrund der verschiedenen Behandlung des gemeinschaftlichen Versprechens (§ 427) und des gemeinschaftlichen Sichversprechenlassens (§ 420 BGB.) ist ein wirthschaftlicher. Der Wettlauf der Berechtigten, wie er bei der Gesammtgläubigerschaft (s. § 208 unten) besteht, ist nicht zu begünstigen, und das freie Wahlrecht des Schuldners, zu leisten an wen er will, hat nichts Befriedigendes.

17) Oder daß eine solche ex lege von oder an Mehrere geschuldet wird und das Gesetz nicht Solidarität verfügt.

18) Es handelt sich um eine Folgerung aus dem Begriff der gegenseitigen Verträge, nicht um eine Eigenheit der Theilschuldverhältnisse, wie Cosack § 118 Ziff. 3a anzunehmen scheint.

19) Ergänzender Rechtssatz (nicht blos Auslegungsregel)! S. o. Note 15. — Ueber Klagen aus den Theilrechten s. Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 183 ff.

II. Im Gegensatz dazu besteht das Wesen der Gesammtschulden darin, daß die Leistungspflicht für das Ganze jedem der mehreren Schuldner auferlegt ist, während die Gesammtleistung nur einmal zu bewirken ist[20]). Vgl. § 421 BGB. Darin liegt eine große Sicherheit für den Gläubiger, die Gesammtleistung auch wirklich zu erhalten. Erhält er sie nicht von dem Einen, so kann er den Anderen dafür in Anspruch nehmen. Ebenso wenn er bei dem Einen nicht Alles erhält, kann er den Rest von einem Anderen fordern. Gegen Unwirksamkeit und Nichtbeitreibbarkeit der einen oder anderen Forderung ist er durch Häufung derselben und Gleichmäßigkeit des Inhalts gedeckt.

Entsprechend gibt es dann schließlich auch Gesammtforderungen, indem mehrere Personen jeder für sich auf dieselbe Leistung berechtigt sind, während der Schuldner die ganze Leistung doch nur einmal zu bewirken hat. Vgl. § 428. Dieses Verhältniß ist nicht so häufig, auch den Gesammtschulden nicht völlig kongruent[21]). Wir reden zunächst immer nur von den Gesammtschulden. Mit dem Ausdruck „Gesammtschuldverhältniß“ wird sowohl das aktive wie das passive Verhältniß verstanden[22]).

1. Auch bei den Gesammtschuldverhältnissen wird durch die Mehrheit der Subjekte auf der Schuldner- oder Gläubigerseite die Leistungspflicht vervielfältigt. Weil aber jede Verpflichtung auf den ganzen wirthschaftlich in Betracht kommenden Schuldinhalt geht, verbindet sich damit eine Alternative der Geltendmachung der verschiedenen Schuldverhältnisse. Nur eines derselben soll ganz erfüllt,

---

20) Letzteres trifft nicht zu, wenn Mehrere sich zu derselben Unterlassung verpflichtet haben. Denn die Unterlassung des Einen ist nicht die des Anderen. Daher wird auch Keiner durch die Unterlassung des Anderen von der eigenen Leistungspflicht (gemäß § 422 BGB.) befreit.

21) Da Recht und Pflicht verschiedene Dinge sind und daher nicht überall gleich behandelt werden können.

22) Gemeinrechtlich redete man von aktiver und passiver Solidarität; auch wohl von einem „Solidarverhältniß“. Die alteingewurzelten Ausdrücke, die sich zum Theil auch noch ähnlich in der älteren Gesetzgebung finden, sind nicht gänzlich zu verbannen, da sie sich mit der Anschauung unseres Gesetzes vertragen. — Dagegen ist mit der letzteren unvereinbar die ehemalige Unterscheidung von Korrealität und Solidarität, wenigstens in der Bedeutung, wie sie durch Keller und Ribbentrop (s. o. § 139 Note 1) in das gemeine Recht eingeführt worden ist. Unser Gesetz kennt diesen Unterschied nicht mehr. Wenn man sich vielfach bei uns daran gewöhnt hat, vertragliche Gesammtschuldverhältnisse als Korrealobligationen zu bezeichnen, so hat dies in Zukunft keine Berechtigung mehr und bringt nur Verwirrung. Unsere weitere Unterscheidung zwischen „vollkommenen und unvollkommenen Gesammtschuldverhältnissen“ (s. u. Ziff. 3), ist mit derjenigen von Korrealität und Solidarität nicht identisch.

eventuell aus mehreren die Leistung doch im Ganzen nur einmal beigetrieben werden. Daraus ergibt sich eine Einwirkung der Geltendmachung des einen Schuldverhältnisses auf die anderen. Daran reiht sich die Frage, ob und inwieweit ein Schuldner, der leisten mußte, sich an den Mitschuldnern erholen kann, resp. das von Einem Empfangene den Mitberechtigten zukommt.

Dagegen bleiben die mehreren Schuldverhältnisse im Uebrigen durchaus was sie sind: Vertrags- oder Deliktsschulden bestimmter Art, materiell charakterisirte[23]) oder abstrakte Verpflichtungen[24]). In dieser Hinsicht sind sie durchaus nach den ihnen eigenen Regeln zu beurtheilen. Nur weil nicht Einer, sondern Mehrere die Leistung schulden oder zu fordern haben, treten die hier zu besprechenden Grundsätze über die gesammtschuldnerische Haftung oder Berechtigung hinzu.

2. Gesammtschuldverhältnisse entstehen durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes. Die rechtsgeschäftliche Begründung ist der vollkommenere Fall; er hat dem Gesetz als Paradigma für die Ausgestaltung des Verhältnisses gedient. Die anderen Fälle, in denen von Rechtswegen Solidarität verfügt wird, werden nach jenem abgewandelt.

a) Das Rechtsgeschäft, von welchem hier die Rede ist, muß ein gemeinschaftliches Geschäft aller Betheiligten sein[25]), soweit sie bei der Begründung eines Schuldverhältnisses mitzuwirken haben. Also zur Begründung von Gesammtschulden im obigen Sinne ist ein Vertrag des Gläubigers mit allen Gesammtschuldnern erforderlich, worin diese ihm die Leistung versprechen[26]), oder ein einseitiges Versprechen sämmtlicher Schuldner in einem Akte, soweit daraus ein Schuldverhältniß entsteht[27]). Selbstverständlich muß das Geschäft das beabsichtigte Schuldverhältniß auch an sich zu erzeugen fähig, z. B. in gehöriger Form vorgenommen sein[28]). Da-

---

23) Z. B. Kaufpreisschulden, Miethzinsen, Darlehensgelder ꝛc.

24) Mögen sie einen bestimmten Namen haben (z. B. aus Anweisung, Inhaberpapieren ꝛc.) oder nicht.

25) S. über derartige Gesammtakte schon oben Bd. I § 74 Note 1.

26) Mit der Maßgabe, daß sie im Ganzen nur einmal erfolgen soll. Römisch geschah dies durch stipulatio (vgl. l. 4 Dig. de duob. reis 45, 2). Heutzutage genügen Ausdrücke aller Art, die nicht die gegentheilige Absicht erkennen lassen. Arg. § 427 BGB. Häufig verpflichten sich die Betreffenden „solidarisch“ oder „Einer für Alle“, „Alle für Einen“, „sammt und sonders“ u. dgl. Bei gegenseitigen Verträgen schließt die Uebernahme einer solidarischen Verpflichtung auf der einen Seite nicht eine entsprechende Berechtigung für die Gegenleistung in sich.

27) Z. B. durch gemeinschaftliche Ausstellung von Inhaberpapieren.

28) Z. B. als Schenkung, Bürgschaft ꝛc. in der zu deren Begründung erforderlichen gerichtlichen, notariellen oder Schriftform erklärt sein. S. o. Ziff. 1 am Ende.

gegen schaden regelmäßig Mängel, die nur in der Person einzelner Betheiligten vorliegen, dem Zustandekommen der Verpflichtung der übrigen nicht, z. B. die Geschäftsunfähigkeit einzelner Schuldner[29]). Vgl. § 427 BGB.[30]).

Aehnlich entsteht Gesammtgläubigerschaft aus einem Vertrag der mehreren Gläubiger mit dem Schuldner[31]), in dem dieser ihnen Allen dieselbe einmal zu bewirkende Leistung verspricht. Dies bildet im Leben nicht die Regel[32]), muß also, um einzutreten, unzweifelhaft ausgedrückt sein[33]). Arg. §§ 420, 432 BGB. Eine einseitige Begründung kann auch durch Vermächtniß eintreten, wenn keine anderweitige Vertheilung unter die mehreren Bedachten möglich ist oder zu Stande kommt. Vgl. § 2151 BGB.

Untereinander stehen die Mitschuldner und Mitgläubiger hier in einer rechtlichen Gemeinschaft, die sich daraus erklärt, daß der Vertrag oder das schuldbegründende Versprechen der Gesammtheit sicherlich nicht ohne gleichzeitige Verständigung der Betheiligten über den Beitrag der Einzelnen zur Leistung oder die Verrechnung der Leistung unter ihnen[34]) zu Stande kommt[35]). Im Falle der Begründung durch Vermächtniß werden die Betheiligten durch den Erblasser in das Gemeinschaftsverhältniß versetzt. Das Gesetz stellt hier nur als Regel auf, was der Parteifestsetzung entspricht.

---

29) Utile per inutile non vitiatur. S. o. Bd. I § 80 zu Note 19. Die Mitverpflichtung bezweckte regelmäßig, das Recht des Gläubigers zu steigern, nicht es abzuschwächen. Dernburg § 161 Ziff. IV.

30) Danach bildet die Entstehung von Gesammtschulden aus derartigen Gesammtakten die Regel. S. o. I Ziff. 1.

31) Oder einem einseitigen gültigen Versprechen des Schuldners an Alle. Entsprechend dem oben Note 27 Gesagten.

32) S. o. Note 16.

33) Wenn auch nicht mit besonderen technischen Worten. In dieser Hinsicht kommen besonders die oben Note 26 bemerkten Ausdrücke in Betracht.

34) Bei Gesammtforderungen über die antheilsmäßige Herausgabe des von Einem Empfangenen an alle Gesammtgläubiger u. dgl.

35) Eine Art causa der bedungenen Solidarität, die von jeder möglichen Art sein kann, aber regelmäßig ein Gemeinschaftsverhältniß der mehreren als Mitschuldner oder Mitgläubiger Betheiligten involvirt. Dieses regelmäßig vorhandene Minimum hat das Gesetz zu einem Bestandtheil des Solidarverhältnisses selbst erhoben (gegen das röm. Recht: vgl. l. 62 pr. Dig. ad leg. Falc. 35, 2 und Binder S. 279 ff.; aber jedenfalls in Einklang mit neueren Partikularrechten: z. B. dem Bayr. LR. IV, 1 § 23, Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 436, 443 ff., Code Nap. Art. 1213 ff.), indem eine Ausgleichung der solidarisch geschuldeten Leistung unter den Mitschuldnern resp. Mitgläubigern zu gleichen Antheilen stattfinden soll, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist (also die konkrete causa auf ein abweichendes Betheiligungsverhältniß hinweist). §§ 426, 430 BGB. In § 426 ist geradezu von Beiträgen der einzelnen Mitschuldner (ähnlich wie zu einem Gesellschaftszweck: §§ 705 BGB.) zur Gesammtleistung die Rede.

Aus dem Gemeinschaftsverhältnisse erklärt sich vor Allem das Recht auf Ausgleichung (§§ 426, 430) der Leistung unter den Betheiligten, die Möglichkeit eines in rem gefaßten Erlasses sämmtlicher Schuldverhältnisse (§§ 423, 429 Abs. 3) und die Bestimmung der §§ 424, 429 Abs. 1 BGB.

b) In zahlreichen anderen Fällen verfügt das Gesetz unmittelbar die Verpflichtung Mehrerer als Gesammtschuldner. Ob eine Gesammtgläubigerschaft kraft Gesetzes vorkommt, ist zweifelhaft[36]). Dagegen wird eine gesammtschuldnerische Haftung oftmals verfügt: so insbesondere zum Einstehen Mehrerer für einen bestimmten Schaden, vor Allem aus unerlaubten Handlungen (vgl. §§ 42 Abs. 2, 53, 830, 840, 1833, 2219 Abs. 2 BGB). Andere Fälle ergeben sich aus dem ehelichen Güterrecht (s. §§ 1388, 1459 Abs. 2, 1480, 1530) oder aus besonderen Anlässen: vgl. z. B. §§ 54, 769, 1108 Abs. 2 BGB.[37]) und zahlreiche Spezialgesetze[38]).

Die rechtliche Behandlung dieser Gesammtschuldverhältnisse ist keine andere als die obige; insbesondere ist auch hier von Rechtswegen das Gemeinschaftsverhältniß der Betheiligten und das daraus folgende Recht auf Ausgleichung ꝛc. begründet[39]). Das Gesetz bringt dies als zweites Verpflichtungsverhältniß (neben demjenigen auf die Gesammtleistung) von selbst mit sich[40]).

3. Dagegen darf der Kreis der vollkommenen d. h. ein Gemeinschaftsverhältniß der Betheiligten in sich schließenden Gesammtschuldverhältnisse über die vorerwähnten Fälle[41]) nicht erweitert[42]), insbesondere nicht auf Fälle ausgedehnt werden, in

36) Die von Dernburg § 164 i. f. gegebenen Beispiele aus §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB. halte ich kaum für zutreffend. Auch Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (1900) S. 194 ff. räumt ihnen eine Sonderstellung ein.

37) Außer dem oben bei Note 12 schon erwähnten Falle der Erbenhaftung.

38) Z. B. im Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 § 81 Abs. 4 und vor Allem im Handelsrecht (s. §§ 78, 128, 200, 202 ff., 209, 225, 241, 249, 273, 306, 334, 356 HGB.). Ebenso in anderen Reichs- und Landesgesetzen (wobei übrigens auf die zum Theil noch alterthümliche Ausdrucksweise zu achten ist).

39) Es behandele denn die betreffende Gesetzesvorschrift positiv die Sache anders. Dann liegt die in §§ 426, 430 BGB. vorbehaltene Ausnahme vor: „soweit nicht ein Anderes bestimmt ist". Beispiele in §§ 840 Abs. 2 u. 3, 841, 1833 BGB.

40) Vgl. bereits die für unser Recht vorbildliche Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 385 ff., 387.

41) Rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Begründung (Ziff. 2a u. b).

42) S. zum Folgenden Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 24 S. 186; Hartmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 397; Eisele ebenda Bd. 77 S. 478 ff.; Oertmann vor § 420 Note 5c.; Enneccerus § 232 II Ziff. 5; Schollmeyer § 426 Note 2.

denen nur zufällig: aus verschiedenen Titeln[43]) eine Verpflichtung Mehrerer auf denselben Leistungsinhalt[44]) vorliegt. So z. B. wenn derselbe Schaden mehrfach versichert wurde; wenn Mehreren in verschiedenen Akten dieselbe Besorgung aufgetragen ist[45]); wenn der Eine aus Delikt[46]), ein Anderer unabhängig davon durch Vertrag[47]) zum Ersatz desselben Schadens verpflichtet ist; oder wenn Mehrere aus verschiedenen Gründen einem Anderen Unterhalt zu leisten haben[48]). Es gehören hierher die Verhaftung des Vermögensübernehmers (§ 419 BGB.) und Erbschaftskäufers (§ 2382) für die Schulden des übernommenen Vermögens neben dem Urschuldner und Veräußerer[49]) und mancherlei andere Fälle.

Hier beschränkt sich das Rechtsverhältniß der Betheiligten auf die Wirkung der Thatsache, daß für Alle unabhängig voneinander die Verpflichtung zu derselben, nur einmal zu bewirkenden Leistung besteht[50]). In Folge dessen hebt auch hier die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses, oder was ihr gleichsteht, die anderen auf[51]). Die §§ 421 ff. BGB. sind anwendbar, soweit sie nicht auf der hier fehlenden Rechtsgemeinschaft der Mitgläubiger oder Mitschuldner beruhen. Darüber hinaus nicht. Daher findet unter den Mitschuldnern die grundsätzliche Ausgleichung der §§ 426, 430 nicht statt[52]); der Annahmeverzug in einem Schuldverhältniß wirkt

---

43) S. o. Bd. I § 71 Ziff. 10.

44) Mit Rücksicht hierauf ist § 420 BGB. (über die getheilte Haftung Mehrerer) von vornherein nicht anwendbar.

45) Entgeltlich oder unentgeltlich. Das Gesagte umfaßt Auftrag, Dienst- und Werkverträge des betreffenden Inhalts. — Hierher gehört auch der Fall, daß mehrere Lieferanten durch Verzögerung ihrer respektiven Leistungen mich an der Benutzung meiner Sache, z. B. meines Hauses verhindern.

46) Z. B. Sachbeschädigung, Diebstahl.

47) Z. B. aus Versicherung, oder aus einem Vertrage der zur ordnungsmäßigen Erhaltung und Rückgabe der Sache verpflichtete (z. B. aus Miethe, Pacht, Leihe, einer übernommenen Aufbewahrung der Sache u. dgl.).

48) Sofern das Gesetz nicht eine Reihenfolge der Verpflichtungen aufstellt.

49) S. o. § 205.

50) Der Schaden ist begrifflich nur einmal zu ersetzen, der Unterhalt nur einmal zu leisten, die identische Geschäftsbesorgung nur einmal auszuführen 2c.

51) Entsprechend den §§ 422, 423 BGB., aber dies ist hier aus inneren Gründen (Note 50) unmittelbar abzuleiten.

52) Sondern nur eventuell eine solche nach den Grundsätzen der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen oder der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (unten §§ 317 ff.). Aber deren Voraussetzungen sind keineswegs immer vorhanden. Z. B. wenn von zwei Versicherern desselben Schadens der eine in Anspruch genommen wird, der andere nicht, so wird letzterer dadurch nicht ungerechtfertigt bereichert. S. auch oben § 151 Note 89. Andere Beispiele: Der Brandstifter, der auf Ersatz in Anspruch genommen wurde, hat keinen Regreß gegen den Versicherer; der Vermögensübernehmer nach § 419 BGB., welcher die

nicht für die anderen Schuldverhältnisse[53]); durch Erlaß einer Schuld werden die anderen nicht berührt[54]). Somit ergibt sich in diesen Fällen zwar die Existenz von Gesammtschuldverhältnissen, aber unvollkommenerer Gattung[55]), auf welche nicht alle Regeln des gesetzlich geregelten Gesammtschuldverhältnisses[56]) zur Anwendung kommen.

4. An sich gehört hierher auch die Haftung und Berechtigung Mehrerer aufs Ganze bei untheilbaren Leistungen, da das Ganze nur einmal geleistet werden soll und wegen der Untheilbarkeit nie etwas Anderes als das Ganze geleistet werden kann. Doch hat das Gesetz die Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen besonders geregelt[57]).

5. Gesammtschuldverhältnisse sind auch die Verpflichtung des Hauptschuldners und des Bürgen, soweit sie sich decken. Doch kann die Bürgschaft auch auf weniger gehen als die Hauptschuld und ist überhaupt ein accessorisches Verhältniß. Der Bürge ist nur um des Hauptschuldners willen verpflichtet[58]), daher hängt seine Verpflichtung grundsätzlich von der des Hauptschuldners ab (vgl. §§ 767, 768 BGB.). Mit Rücksicht hierauf und die wirthschaftliche Bedeutung des Instituts ist die Bürgschaft ein für sich zu behandelnder besonderer Geschäftstypus[59]).

Uebrigens kommt es auch bei äußerlicher Begründung eines reinen Gesammtschuldverhältnisses vor, daß die versprochene Leistung materiell nur einen Verpflichteten angeht, während die anderen sich nur zu dem Zwecke mitverpflichteten, um dem ersteren Kredit zu verschaffen. Hier liegt nach Außen eine einfache Gesammtschuld vor, während nach Innen bürgschaftliche Grundsätze zur Anwendung kommen[60]).

Schulden des übernommenen Vermögens bezahlte, hat regelmäßig keinen solchen gegen den Veräußerer (wohl aber umgekehrt). S. o. § 151 zu Note 91 ff., § 205 i. f.

53) Die §§ 424, 429 Abs. 1 BGB. sind nicht anwendbar.

54) Ein Erlaß in rem im Sinne von Ziff. 2a i. f. durch Vertrag mit einem einzigen der mehreren Gläubiger oder Schuldner (§§ 423, 429 Abs. 3) ist unmöglich. S. auch unten § 208 Note 20 ff.

55) Aus der obigen Darstellung des Wesens der in Rede stehenden Verhältnisse ergibt sich, daß der Ausdruck unechte Solidarität dafür wenig bezeichnend ist. Es handelt sich nur um ein Minus gegenüber den gesetzlichen Vorschriften.

56) Letzteres allein ist in den folgenden §§ noch zu behandeln.

57) S. darüber unten § 209.

58) Ebenso hat der Bürge regelmäßig die sog. Einrede der Vorausklage. §§ 771 ff. BGB.

59) S. u. §§ 295 ff. und den Zusammenhang der verschiedenen Sicherungsverträge.

60) Das Gesagte ergibt sich schon aus den Ausführungen oben Note 35. Die causa der übernommenen solidarischen Verpflichtung kann Garantie jeder

II. Die gesetzlichen Gesammtschuldverhältnisse*.

§ 207.

A. Gesammtschulden.

Von den Entstehungsgründen der vollkommenen Gesammtschuldverhältnisse ist oben schon die Rede gewesen[1]). Hier ist der Inhalt zu besprechen, und zwar gesondert für Gesammtschulden (§§ 421 ff.) und Gesammtforderungen (§§ 428 ff. BGB.).

Gesammtschulden liegen vor, wenn dem Gläubiger aus irgend einem Rechtsgrunde mehrere Personen jeder für dieselbe Leistung verpflichtet sind, so daß der Gläubiger sich nach Belieben denjenigen aussuchen kann, von dem er die ganze Leistung oder einen Theil derselben beitreiben will. Nur mit der Maßgabe, daß er zusammen nie mehr als die ganze Leistung einmal verlangen darf[2]). Dagegen haben die Mitschuldner kein Recht darauf, daß der Gläubiger seine Ansprüche theile, also von Jedem nur einen Theil der Leistung fordere[3]). Dies würde das Wesen des Gesammtschuldverhältnisses zerstören[4]).

I. Verhältniß zum Gläubiger.

Dasselbe ordnet sich aus dem Gesichtspunkt, daß hier mehrere selbständige Schuldverhältnisse auf dieselbe Leistung vorliegen, deren

---

Art sein. Daraus folgt, daß im Verhältniß der Mitschuldner zueinander der zahlende Garant schadlos zu halten ist, der Hauptschuldner nicht. Es liegt eine der in § 426 BGB. vorbehaltenen Ausnahmen vor. Zustimmend Dernburg § 163 Ziff. IV. — Der Fall ist von der sog. „Solidarbürgschaft" oder selbstschuldnerischen Bürgschaft (§ 773 Ziff. 1 BGB.) wohl zu unterscheiden. Dort hat der Bürge nur auf die Einrede der Vorausklage (s. o. Note 58) verzichtet; hier liegt (jedenfalls nach Außen) keine Bürgschaft vor. Eine praktische Folge s. in § 207 Note 41.

*) S. o. § 206 Note 56.

1) Vgl. § 206 II bes. Ziff. 2. Ueber die Konstruktion des Verhältnisses auch oben § 139.

2) Die Belangung eines Gesammtschuldners schafft weder Rechtshängigkeit noch Rechtskraft gegen die wider einen anderen Gesammtschuldner gerichtete Klage. S. § 425 i. f. BGB. u. Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 367. Die gegentheiligen röm. Bestimmungen sind beseitigt.

3) Das röm. beneficium divisionis (Nov. 99) ist den Gesammtschuldnern versagt. Ebensowenig hat ein verklagter Gesammtschuldner die exceptio plurium litisconsortium, also ein Weigerungsrecht bis zur gleichzeitigen Belangung der Genossen.

4) S. o. § 206 Ziff. I. Es lägen Theilschuldverhältnisse vor. — Noch weniger hat ein Gesammtschuldner das Recht zu verlangen, daß der Gläubiger einen anderen Mitschuldner zuerst in Anspruch nehme. Das beneficium excussionis — die Einrede der Vorausklage — besteht nur für den Bürgen, weil er accessorisch haftet (s. o. § 206 i. f.). Wird etwas Aehnliches bei anderen

Bewirkung gleichwohl nicht mehr als einmal erfolgen soll. Daher stehen:

1. die verschiedenen Schuldverhältnisse zunächst selbständig nebeneinander. Ihr Gegenstand ist der gleiche, dagegen braucht der Inhalt im Uebrigen nicht gleich zu sein. Z. B. Leistungsort[5]) und Leistungszeit können für die mehreren Schuldner verschiedene sein[6]); der eine kann bedingt[7]), der andere unbedingt haften; die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners kann gültig, die des anderen ungültig sein[8]) — es sei denn, daß nach Inhalt des Geschäfts, auf dem die mehreren Verpflichtungen beruhen, die Ungültigkeit der einen die der anderen nachzieht.

2. Weil das Ziel dieser verschiedenen Verbindlichkeiten das gleiche ist und nur einmal erreicht werden soll, befreit jeder Mitschuldner, soweit er erfüllt, nicht nur sich selbst von seiner eigenen Verbindlichkeit, sondern auch seine Mitschuldner von der ihrigen. Und ebenso wirkt, was der Erfüllung gleichsteht. Im Uebrigen aber kann das rechtliche Schicksal der in Rede stehenden Verbindlichkeiten auch im weiteren Verlaufe ein verschiedenes sein. Demgemäß unterscheiden wir „gesammtwirkende Thatsachen“, welche auf sämmtliche verbundenen Schuldverhältnisse Einfluß üben, und andere, die nur auf dasjenige Schuldverhältniß einwirken, in dem sie vorkommen.

a) Gesammtzerstörlich wirkt in dieser Weise zunächst die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses[9]). Die Erfüllung befreit also alle anderen Gesammtschuldner gegenüber dem Gläubiger[10]). Bei theilweiser Erfüllung[11]) soweit als geleistet worden ist[12]).

Gesammtschuldverhältnissen ausgemacht, so verlieren sie ihren allgemeinen Charakter. Vgl. Bd. I § 79 bei Note 14.

5) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 283.

6) Geräth ein Schuldner, dessen Verpflichtung noch nicht fällig war, in Konkurs, so kann die Schuld nach Konkursgrundsätzen gegen ihn wie eine unbetagte geltend gemacht werden, und ist der etwaige Ausfall demnächst (nach Fälligkeit der Schuld) von den übrigen Gesammtschuldnern zu fordern. Ist über mehrere Gesammtschuldner das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Konkurs den ganzen Betrag anmelden, den er bei Eröffnung des betreffenden Verfahrens noch zu fordern hat. § 68 KO.

7) Auch auflösend bedingt. Die betreffende Schuld scheidet dann als unwirksam aus (ähnlich wie auch bei Ungültigkeit, s. u.).

8) Nichtig oder anfechtbar und angefochten. Vgl. im Uebrigen oben § 206 zu Note 29.

9) Geschehe sie durch den betreffenden Gesammtschuldner selbst oder durch einen Dritten. S. o. §§ 154, 182. Geschehe sie freiwillig oder zwangsweise (auf Klage des Gläubigers, Zwangsvollstreckung 2c.).

10) Ueber die Subrogation des Zahlenden s. o. § 201. Der zahlende Mitschuldner tritt jedenfalls in die Rechte des Gläubigers ein, soweit er

Und wie die Erfüllung, müssen auch die bekannten Surrogate der Erfüllung wirken[13]), also Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung des Schuldgegenstandes[14]) und Schuldumwandlung (Novation), soweit sie noch vorkommt[15]). Das Gleiche gilt von der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat. Die Aufrechnungserklärung des einen Mitschuldners wirkt also befreiend auch für die anderen Mitschuldner[16]). Doch kann Jeder nur mit einer ihm selbst zustehenden Forderung aufrechnen, nicht mit Forderungen eines anderen Gesammtschuldners[17]). Denn über dessen Vermögen kann er nicht verfügen. § 422 BGB. Ebensowenig kann ein Gesammtschuldner der Forderung des Gläubigers die Einrede entgegensetzen, daß dieser sich durch Aufrechnung gegen einen anderen Gesammtschuldner befriedigen könne. Denn kein Gesammtschuldner darf den Gläubiger auf einen anderen verweisen[18]).

Gesammtzerstörlich wirken auch sonstige Befreiungsgründe von einer Verpflichtung, wenn sie auf sämmtliche Schuldverhältnisse zugleich Bezug haben. So z. B., wenn die geschuldete Leistung aus einem von keinem Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich wird[19]), oder wenn der Gläubiger sämmtlichen Schuldnern ihre Verpflichtung erläßt[20]). Letzteres kann er auch durch einen mit einem einzigen Gesammtschuldner geschlossenen Vertrag[21]), wenn nur bei der Vereinbarung die betreffende Absicht erhellt. § 423 BGB.[22]).

---

wider seine Mitschuldner Regreß hat (s. u. Ziff. II); der zahlende Dritte nur nach den Grundsätzen des § 268 BGB. (oben § 154).

11) Gleichgültig, weshalb sie zu Stande kam. An dem regelmäßigen Weigerungsrecht des Gläubigers, Theilleistung anzunehmen, wird nichts geändert.

12) Ueber den Vorrang des Gläubigers vor dem Subrogirten in diesem Falle, s. o. § 201 bei Note 28.

13) S. o. §§ 187 ff.

14) Wenn die Rücknahme des Hinterlegten ausgeschlossen ist. Solange sie nicht ausgeschlossen ist, kann jeder Gesammtschuldner den fordernden Gläubiger auf das Depot verweisen. S. §§ 378, 379 BGB. u. oben § 190.

15) S. o. § 188, und über die gesammtzerstörliche Wirkung auch Dernburg § 162 II Ziff. 3. A. M. Schollmeyer zu § 422 i. f.

16) Selbstverständlich nur bis zur Höhe der Gegenforderung.

17) S. schon oben § 192 Ziff. 4 — gegen das röm. Recht im Falle des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den mehreren Schuldnern (l. 10 Dig. de duob. reis 45, 2) aber in Uebereinstimmung mit den bedeutendsten Partikularrechten.

18) S. o. Note 4.

19) S. o. § 158. Hat einer die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, so haftet dieser nach gewöhnlichen Grundsätzen auf Schadensersatz 2c., die übrigen Schuldner sind frei. S. § 425 BGB. u. unten lit. b.

20) S. o. § 195 Ziff. I. — Den Beweis haben die Entlassenen (jeder für seine Person) zu führen.

21) S. o. § 206 Note 34 ff.

22) Selbstredend kann der Gläubiger auch nur einen oder einige Gesammt-

Gleiches gilt für den Abschluß eines negativen Anerkennungsvertrages (arg. § 397 Abs. 2)[23]), oder den Vergleich mit einem Gesammtschuldner[24]) und eine Schuldübernahme[25]), wenn damit eine Entlassung sämmtlicher anderen Schuldner bezweckt wird.

Und wie die völlige Befreiung der Schuldner wird auch die Erleichterung behandelt, welche durch Annahmeverzug des Gläubigers in ihrer Verpflichtung entsteht. Ist daher der Gläubiger durch einen Gesammtschuldner in Annahmeverzug gesetzt, so wirkt dies für die übrigen Gesammtschuldner[26]). § 424.

b) Immerhin sind die genannten gesammtzerstörlich wirkenden Thatsachen nicht zahlreich. Wird durch Parteiverabredung noch anderen Thatsachen gesammtzerstörliche Wirkung beigelegt (§ 425 Abs. 1), so ist dies Ausnahme[27]). Regelmäßig wirken alle anderen als die oben genannten Thatsachen lediglich im Verhältniß der Parteien, zwischen denen sie vorkommen. Dies entspricht der Selbständigkeit der verschiedenen Schuldverhältnisse[28]). So wirkt insbesondere ein Verschulden oder Verzug, in dem sich der eine Gesammtschuldner befindet, nicht über den Rahmen seines Schuldverhältnisses

---

schuldner entlassen. — Dadurch kann aber den fortdauernd haftenden Gesammtschuldnern der Regreß (§ 426 BGB.) nicht verkümmert werden.

23) Weil ein solcher regelmäßig dem Erlaß gleichsteht. S. o. § 195 Ziff. II.

24) Insofern der Vergleich mit einer materiellen Befriedigung des Gläubigers verbunden ist oder einen Erlaß enthält. — Der Zwangsvergleich (oben § 195 Ziff. III) läßt die Rechte des Gläubigers gegen die Mitschuldner des Kridars unberührt.

25) Insoweit der Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und allen Gesammtschuldnern unter Genehmigung des Gläubigers zu Stande kommt. Aber auch sofern der zwischen dem Uebernehmer und einem Schuldner unter Zustimmung des Gläubigers oder zwischen dem Uebernehmer und Gläubiger direkt geschlossene Vertrag die Befreiung aller Gesammtschuldner bezweckt. S. auch Dernburg § 162 Note 13. — Sollte nach dem Vertrag nur ein bestimmter Gesammtschuldner durch einen anderen ersetzt werden, so ist auch dies selbstredend zulässig und gültig. Ist aber der Uebernehmer zahlungsunfähig, so wird das oben Note 22 Gesagte entsprechende Anwendung finden (der Ausfall also nicht ohne Weiteres von den übrigen Gesammtschuldnern zu tragen sein), falls nicht sämmtliche Schuldner an dem Vertrage Theil nahmen.

26) Da die Erfüllung des einen Schuldners den anderen befreit, darf ihnen gegenüber auch der Gläubiger die Erfüllung nicht verhindern. Es wäre auch unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung, wenn jeder Mitschuldner (um der Verzugsvortheile theilhaftig zu werden) noch besonders die Leistung anbieten müßte 2c. S. im Uebrigen oben §§ 163 ff.

27) Wer dadurch befreit zu sein behauptet, muß nicht nur die betreffende Thatsache, sondern auch die beabsichtigte gesammtzerstörliche Wirkung derselben beweisen. — Dagegen haftet der Bürge kraft Gesetzes auch für die durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verursachten Aenderungen seiner Verbindlichkeit.

28) Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat die volle Konsequenz gezogen. Die bisherigen Rechte schwankten.

hinaus: die anderen Schuldner sind also z. B. für den Schadensersatz nicht verpflichtet[29]). Kündigung führt nur mit Beziehung auf den kündigenden oder gekündigten Schuldner die Fälligkeit des Schuldverhältnisses herbei[30]). Wird die geschuldete Leistung in der Person eines Gesammtschuldners unmöglich[31]), so tritt die entsprechende Folge[32]) nur bei dem Schuldner ein, welcher nicht leisten kann. Aehnlich kann der Anspruch des Gläubigers gegen einen Schuldner verjähren, gegen den anderen nicht. Sowohl die Wirkung der vollendeten Verjährung, als die Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Verjährung[33]) beschränken sich auf die Person des Gesammtschuldners, bei welchem sie eingetreten sind. Beerbung des Gläubigers durch einen Schuldner und umgekehrt, oder die sonstigen Gründe der Vereinigung[34]) lassen die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner unberührt[35]); die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils zwischen dem Gläubiger und einem Schuldner beschränkt sich auf die Parteien[36]) u. s. w.[37]). § 425 BGB.

3. Hieraus ergibt sich auch das Feld der für den einzelnen Gesammtschuldner brauchbaren Einwendungen. Er kann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche auf gesammtzerstörlichen Thatsachen beruhen oder allen Schuldnern gemeinsam sind; im Uebrigen nur die, welche ihm persönlich wider den Gläubiger zustehen. Unbrauchbar sind Einwendungen, die einem anderen Gesammtschuldner persönlich zustehen, oder dem inneren Verhältnisse der Schuldner untereinander entnommen sind: insbesondere

---

29) Soweit der Schuldnerverzug den Annahmeverzug des Gläubigers purgirt (s. o. § 165), ist dies hier nur relativ der Fall. Der Gläubiger, der in Annahmeverzug versetzt war und darauf von einem anderen Schuldner nicht Leistung erlangen kann, darf diesen in Verzug setzen und befindet sich ihm gegenüber nicht mehr im Annahmeverzuge; wohl aber wirkt dieser Verzug noch gegenüber den anderen Schuldnern. — Hat er aber denselben Schuldner, der ihn in Verzug gesetzt hatte, nachträglich fruchtlos gemahnt 2c., so tilgt er dadurch seinen Annahmeverzug gegenüber sämmtlichen Schuldnern. Vgl. Schollmeyer § 424 Note 3.

30) S. o. bei Note 6 in Verbindung mit § 156 Ziff. II.

31) Bezw. wenn bei Gattungsschulden Einer zur Leistung unvermögend ist.

32) Je nachdem Befreiung von der Verbindlichkeit oder die Verpflichtung zu Schadensersatz.

33) S. o. Bd. I bes. §§ 116, 117.

34) S. o. § 196 über confusio.

35) Insoweit dadurch der Regreß der anderen Gesammtschuldner verkümmert würde, wirkt die Vereinigung nicht, d. h. der Gläubiger muß den entsprechenden Regreßantheil selbst tragen resp. kann ihn von den Anderen nicht fordern. Vgl. o. Note 22.

36) Vgl. §§ 325 ff. CPO. u. oben Note 2 (auch Bd. I § 130).

37) § 425 BGB. ist lediglich exemplifikativ. Eine erschöpfende Aufzählung ist weder möglich noch Bedürfniß.

ihrem wechselseitigen materiellen Recht auf Ausgleichung[38]). Das Verhältniß der Schuldner untereinander geht den Gläubiger nichts an; die Voraussetzung eines Gesammtschuldners, sich nach der Zahlung an den Mitschuldnern erholen zu können, ist dem Gläubiger gegenüber rechtsunerheblich[39]). Ebensowenig garantirt der Gläubiger den Gesammtschuldnern den Regreß; es sei denn, daß ein Schuldner sich nur unter der Bedingung der Gültigkeit sämmtlicher Schuldverpflichtungen verbunden hätte[40]). Hiermit in Verbindung steht der Ausschluß des Einwandes aus § 776 BGB. für gewöhnliche Gesammtschuldner[41]).

II. Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander.

Dieses Verhältniß wird, wie wir gesehen haben, von dem Gesichtspunkt der Rechtsgemeinschaft unter den Mitschuldnern beherrscht. Die Leistungspflicht wird kraft Gesetzes unter ihnen als eine getheilte aufgefaßt. Im Verhältniß zu seinen Mitschuldnern soll Keiner mehr als seinen Antheil zu leisten brauchen: d. h. nicht mehr als er dem Gläubiger leisten müßte, wenn Theilschulden[42]) vorlägen. Auch hier sind die Antheile daher regelmäßig gleiche, soweit nicht durch Rechtsgeschäft[43]) oder Gesetz ein Anderes bestimmt ist. § 426 Abs. 1.

Daraus ergibt sich

1. Soweit ein Gesammtschuldner dem Gläubiger mehr als diesen Antheil geleistet hat[44]), kann er von seinen Mitschuldnern das (diesen gegenüber) zu viel Gezahlte[45]) antheilig[46]) herausverlangen[47]).

---

38) S. u. Ziff. II. — Anders im oben Note 35 erwähnten Falle. Dort berührt der Einwand nicht lediglich das Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander.

39) Auch wenn das Gesammtschuldverhältniß auf Vertrag beruht (s. o. Bd. I § 78 Note 4).

40) Von diesem Falle war schon in anderem Zusammenhang die Rede. S. o. Ziff. 1.

41) Selbst dann, wenn das Geschäft nach Innen hin nur Einen angeht (s. o. § 206 zu Note 60). Nach Außen hin ist keine Bürgschaft übernommen; den Gläubiger geht das innere Verhältniß nichts an. Letzterem gegenüber stehen alle Gesammtschuldner gleich, und er garantirt die Subrogation sowenig, wie in den früheren Textfällen den Regreß. Die Aussicht darauf bleibt rechtsunerhebliche Voraussetzung des betreffenden Schuldners, wie dort. — Eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers, nicht durch Verzögerung der Beitreibung der Schuld die Ausgleichungsinteressen der Mitschuldner (§ 426 Abs. 1 Satz 2) zu verletzen, kann auch hier nicht in höherem Grade als bei der Bürgschaft angenommen werden.

42) S. o. § 206 Ziff. I.

43) Das der Gesammthaftung zu Grunde liegende oder ein besonderes Geschäft.

44) Freiwillig oder zwangsweise, z. B. auf Klage des Gläubigers.

45) Also den eigenen Antheil muß er sich gleich selbst verrechnen. S. jedoch unten Note 49 ff.

Wird der Rückgriff lediglich auf das Gesetz gestützt[48]), so sind die Antheile, wie bemerkt, gleich. Doch wird der Antheil eines Zahlungsunfähigen[49]) unter alle Gesammtschuldner vertheilt, sodaß die Beiträge sich entsprechend erhöhen[50]). Ebenso wenn aus sonstigem Grunde von einem Gesammtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann[51]). § 426 Abs. 1.

Die Ausgleichung kann auch für Theilleistungen verlangt werden, aber immer nur in dem obigen Verhältnisse[52]). Ebenso für eine etwaige Leistung an Erfüllungsstatt[53]). Diese ist nach dem Werth zur Zeit der Hingabe, aber nie über den Betrag des Geschuldeten hinaus[54]) zur Ausgleichung zu bringen.

Auf der anderen Seite beschränkt sich die Wirkung der inneren Getheiltheit der Schuld nicht auf die Regreßfrage, sondern äußert sich unter den Genossen unter Umständen schon vor der Zahlung. Jeder Gesammtschuldner hat schon von vornherein dafür zu sorgen, daß keiner mehr als seinen Antheil zu leisten hat, und hat sich zu diesem Zweck mit den Genossen in Verbindung zu setzen[55]). Jeder Mitschuldner kann zum eventuellen Beitrag seines Antheils auch von den Genossen zwangsweise angehalten werden[56]).

---

46) Er muß seine Regreßforderung wider die Anderen sogleich richtig vertheilen.

47) Zu beweisen hat er nichts weiter als seine Zahlung, wenn er den Regreß nach Kopftheilen nimmt. Denn das ist nach § 426 die Regel.

48) Im Gegensatz zu einem besonderen Rechtsgrund der Verpflichtung, der das Antheilsverhältniß anderweitig bestimmt. S. u. Note 60 ff.

49) Nicht auch der Antheil desjenigen, der durch Verjährung oder persönlichen Erlaß des Gläubigers von seiner Verpflichtung gegen diesen befreit wurde. S. o. Noten 22, 25 i. f. u. 35.

50) Um nicht den Leistenden zu sehr zu belasten. Doch hat sich auch der Regreßnehmer selbst einen erhöhten Beitrag zur Last zu schreiben.

51) Z. B. wegen Unbekanntschaft seines Wohnsitzes und Aufenthaltsorts. — Selbstredend handelt es sich nur um eine Ausgleichungsvorschrift, nicht um eine definitive Befreiung des Nichtzahlenden. Kommt er zurück bezw. wieder zu Vermögen, so können die ehemaligen Gesammtschuldner ihn auf Erstattung belangen, soweit dies an sich zulässig ist.

52) Die Ausgleichungspflicht bezieht sich auf jeden Theil des Gesammtschuldverhältnisses. Hängt es doch vom Gläubiger ab, wieviel er beitreibt. Siehe auch Dernburg § 163 Note 5, Schollmeyer § 426 Note 3b. Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 99.

53) Ebenso wenn den Gesammtschuldnern Erlaß gegen ein von einem Einzelnen geleistetes Aequivalent gewährt wurde.

54) Denn zu mehr sind die anderen Gesammtgläubiger nicht, also mangels besonderer Einwilligung auch nicht im Regreßwege verpflichtet.

55) Denn an dem Satze, daß der Gläubiger Theilleistungen nicht anzunehmen braucht, wird durch das Gesagte nichts geändert. Die Mitschuldner müssen entweder gleichzeitig anbieten oder vor dem Angebot an den Gläubiger die Leistung zusammenschießen, in welchem Falle sie dieselbe dann auch durch Einen anbieten lassen können u. dgl.

2. Das besondere Rechtsverhältniß der Mitschuldner kann eine Modifikation der Ausgleichungsgrundsätze herbeiführen[57]). Schon der Umstand, daß ein Mitschuldner durch schuldhaftes Verhalten die Gemeinschaftsinteressen verletzt[58]), führt gegebenenfalls den Ausschluß oder eine Herabminderung seiner Ausgleichungsansprüche wider die übrigen Mitschuldner herbei. Vollends wenn er besondere gegen die Mitschuldner bestehenden Pflichten (z. B. aus Auftrag, nützlicher Geschäftsführung u. dgl.) vernachlässigt[59]).

Solche besonderen Pflichten ergeben sich häufig auch aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Z. B. die Gesammtschuldner sind Gesellschafter[60]); oder der Schuldposten geht nur den einen Gesammtschuldner materiell an, während die anderen sich nur zur größeren Sicherheit des Gläubigers mitverpflichtet haben[61]). Oder von mehreren aus einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung zum Schadensersatz Verpflichteten war der eine der Hauptthäter, der andere nur Gehülfe[62]). Auch das Gesetz selbst stellt in gewissen Fällen, wo es gesammtschuldnerische Haftung verfügt, einen besonderen Maßstab der Vertheilung auf. S. z. B. §§ 840 Abs. 2 u. 3, 841, 1833 Abs. 2 BGB.

3. Der Gesammtschuldner, welcher den Gläubiger befriedigte, tritt kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers[63]).

---

56) Jeder kann gegen den anderen auf geeignete Mitwirkung klagen. Bei schuldhafter Außerachtlassung der betreffenden Pflichten erweitert sich der Anspruch nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz 2c.

57) Von der Dispositivqualität des § 426 Abs. 1 BGB. war schon die Rede.

58) Z. B. einen von den anderen Schuldnern zu deckenden Ausfall an der Forderung des Gläubigers verursacht. Die Verletzung braucht aber gar nicht in der Richtung gegen den Gläubiger begangen zu werden. Sie kann direkt wider die Mitschuldner stattfinden. Z. B. der Schuldner betreibt wider einen Mitschuldner den Ausgleichungsanspruch so nachlässig, daß der Mitschuldner in der Zwischenzeit zahlungsunfähig wird. Den betreffenden Ausfall muß er (gegen § 426 Abs. 1 Satz 2) selbst tragen. (Darin liegt kein Widerspruch gegen Note 41 i. f. Denn der Mitschuldner hat die Gemeinschaftsinteressen zu wahren, während es solche für den Gläubiger nicht gibt.)

59) Z. B. er sollte die Antheile der einzelnen Mitschuldner bei diesen einkassiren und dem Gläubiger die Gesammtleistung überbringen. Statt dessen legt er, weil ihm dies bei einem Mitschuldner zu lästig ist, einfach die Summe vor, und der Betreffende wird nachher zahlungsunfähig.

60) Sie haben also gegeneinander die aus der Gesellschaft sich ergebenden Vertragspflichten (unten §§ 280 ff.).

61) S. o. § 206 zu Note 60. In diesem Falle hat der garantirende Gesammtschuldner Regreß für das Ganze wider den materiell Betheiligten — dieser regelmäßig keinen gegen den Garanten.

62) Es ist nicht anzunehmen, daß diese untereinander zu gleichen Theilen haften sollen. S. auch Dernburg § 163 Ziff. IV. i. f.

63) Ueber den Begriff, Umfang und die Vortheile dieser Subrogation s. schon oben § 201 Ziff. II, wo der Eintritt im Zusammenhang behandelt ist. Es handelt

§ 426 Abs. 2. Kraft dessen hat er Ansprüche z. B. auch aus Bürgschaften und Pfandrechten, die für die Forderung bestanden; im Konkurs genießt er die Vorzugsrechte des bisherigen Gläubigers[64]). Jedoch mit zwiefacher Beschränkung. Nämlich:

a) Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers erfolgt nur zu Ausgleichungszwecken. Die Geltendmachung der Gläubigerrechte ist also ausgeschlossen, soweit der Leistende für seine Ziff. 1—2 besprochenen Regreßansprüche befriedigt ist[65]). Auch kann er auf diesem Wege keinesfalls von irgend einem Mitschuldner mehr als dessen Antheil verlangen[66]): letztere haften ihm also nicht solidarisch, wie dem Gläubiger.

b) Der Uebergang tritt nie zum Nachtheil des Gläubigers ein. Soweit der Gläubiger also nicht voll befriedigt ist, geht er dem Ausgleichungsberechtigten vor[67]). § 426 i. f.

§ 208.

B. Gesammtforderungen.

Gesammtforderungen liegen vor, wenn Jemand aus irgend einem Rechtsgrund mehreren Personen zu derselben Leistung verpflichtet ist, sodaß er nach Belieben dem einen oder anderen leisten kann, mit der Maßgabe daß er die Leistung nicht mehr als einmal zu bewirken hat. Hier sind also mehrere Personen Gläubiger, und selbständig berechtigt die ganze Leistung beizutreiben[1]); in dieser Hinsicht

---

sich vor Allem um den Eintritt in die Sicherheiten des Gläubigers. — Die Subrogation steht an Stelle des röm. beneficium cedendarum actionum.

64) Arg. § 401 Abs. 2 BGB.

65) Also vor Allem muß er den hiernach auf ihn selbst entfallenden Antheil selbst tragen. Er kann ihn nicht ex iure cesso von Bürgen und dritten Pfandbesitzern wieder beitreiben. Sobald er (sei es mit dem persönlichen Anspruch oder dem des Gläubigers) das Regreßziel erreicht hat, erlöschen sämmtliche Ansprüche. — In diesem Rahmen aber hat er unter ihnen ein Wahlrecht (vorbehaltlich unten lit. b).

66) Vgl. § 426 Abs. 2, verbis: „soweit ein Gesammtschuldner . . . . von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann". Dies ist nach Abs. 1 eben nur pro rata der Fall.

67) Näheres darüber s. o. § 201 zu Note 28 ff. — Hatte der Gläubiger im Konkurse eines Gesammtschuldners die ganze Forderung angemeldet und empfängt hinterher von einem Anderen theilweise Befriedigung, so kann er die Konkursdividende gleichwohl von der ganzen Summe verlangen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 180. S. noch oben § 201 Note 35.

1) Es liegen nebeneinander mehrere selbständige Forderungsrechte vor. S. o. §§ 139, 206. Auch keine „volle Mitberechtigung" der Mehreren an einer Leistung, wie Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 190 ff. (trotz Anerkennung der mehreren Schuldverhältnisse) zu formuliren sucht. Dies sind unvereinbare Begriffe.

braucht kein Mitgläubiger auf den anderen Rücksicht zu nehmen. Anderseits hat der Schuldner das Recht zu leisten, an wen er will, und kann dadurch sogar den schon erhobenen Anspruch eines anderen Gläubigers durchkreuzen[2]). Der Schuldner kann auch theils an den einen und theils an einen anderen Gläubiger leisten, soweit es ihm gelingt eine Theilzahlung anzubringen. Denn an dem Recht, die Annahme von Theilleistung zu verweigern[3]), wird auch hier nichts geändert[4]).

Wie bei den Gesammtschulden ist auch hier das Verhältniß der mehreren Gläubiger zum Schuldner und das der Gläubiger untereinander zu betrachten.

I. Das Verhältniß zum Schuldner ist demjenigen zum Gläubiger bei den passiven Gesammtschuldverhältnissen analog[5]). Es steht also

1. zunächst der Schuldner zu jedem Gläubiger in einem besonderen Schuldverhältniß auf den gleichen Leistungsgegenstand. Dagegen braucht der Inhalt der Verpflichtung im Uebrigen nicht gleich zu sein. Z. B. die Berechtigung des einen Gläubigers kann bedingt oder betagt, diejenige des anderen fällig, — die des einen gültig, des anderen ungültig sein ꝛc.[6]).

2. Weil aber das Ziel dieser verschiedenen Verbindlichkeiten das gleiche ist und dieses Ziel nur einmal erreicht werden soll, so befreit sich der Schuldner, soweit er erfüllt, von der Verpflichtung gegenüber allen Gläubigern. Der Schuldner hat dabei ein unbedingtes Wahlrecht bis zur Leistung selbst. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hatte. § 428. Der Gläubiger, welcher klagt, schließt dadurch nicht die anderen Gläubiger aus[7]), sondern alle können klagen, geradeso wie sie fordern können. Alle können gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Urtheil erwirken[8])

2) Dies sind starke Willkürlichkeiten, die das Institut nicht gerade empfehlen. S. auch oben § 206 Note 16. Der praktische Effekt wird sich vielfach bequemer durch Aufstellung von Zahlungs- und anderen Bevollmächtigten ꝛc. erreichen lassen. Um so mehr als das Mandat den Vortheil der Kündbarkeit besitzt, während die Mitgläubiger nicht so leicht aus ihrem Verhältniß loskommen können.

3) S. § 266 BGB. u. oben § 154.

4) Dagegen hat der nach Annahme einer Theilleistung noch verschuldete Rest natürlich hier sowenig wie überall den Charakter einer Theilleistung. Die Verweigerung der Annahme des Restes ist also nicht mehr unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt.

5) S. o. § 207 Ziff. I.

6) S. a. a. O. Note 5 ff.

7) Das Präventionsprinzip bestand nach röm. und gemeinem Recht. S. l. 16 Dig. de duob. reis 45, 2.

8) Die vorherige Belangung durch einen Gesammtgläubiger schafft weder

und die Zwangsvollstreckung betreiben. Aber der Schuldner kann die Zwangsvollstreckung durchkreuzen, indem er an einen anderen Gläubiger erfüllt. Er hat dann gegen den betreibenden Theil den Einwand der Zahlung[9]). Der Gläubiger, welcher zwangsweise gegen den Schuldner vorgeht, hat also bis zur endgültigen Durchführung der Zwangsvollstreckung[10]) niemals sichere Aussicht, zum Ziele zu gelangen[11]).

3. Gesammtzerstörlich wirken[12]) außer der Erfüllung wiederum die bekannten Surrogate der Erfüllung[13]), also Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung des Schuldgegenstandes für einen Gläubiger[14]) und die Schuldumwandlung (Novation), soweit sie noch vorkommt[15]). Gesammtwirkung hat auch die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat, wenn der Schuldner die Aufrechnungserklärung gegenüber demjenigen Gläubiger abgibt, gegen den er eine Forderung hat. Ebenso kann dieser Gläubiger, nicht aber ein anderer, gegen den Schuldner aufrechnen[16]).

Gesammtwirkung haben auch die sonstigen Befreiungsgründe von einer Verpflichtung, wenn sie sich auf sämmtliche Schuld-

---

Rechtshängigkeit noch Rechtskraft gegen die von einem anderen Gesammtgläubiger erhobene Klage. S. o. § 207 Note 2.

9) Vgl. über diesen Einwand, sofern er im Laufe des Prozesses bis zum Urtheil erhoben wird, oben Bd. I § 129 Ziff. 1 (bei Note 10). Erfolgte die Zahlung erst nach dem Urtheil, so kann der Einwand bis zur thatsächlichen Durchführung der Zwangsvollstreckung auch noch in diesem Verfahren erhoben werden. S. § 767 CPO.

10) Welche nach allgemeinen Grundsätzen als zwangsweise Erfüllung der freiwilligen gleichsteht und alle bestehenden Schuldverhältnisse gleichmäßig tilgt. S. u. Ziff. 3.

11) Ja der Schuldner kann drohen, daß er, wenn Einer klage, gerade darum an einen Anderen leisten werde. Aushülfe bietet — neben dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben 2c. — das regelmäßig auch hier bestehende Ausgleichungsrecht unter den mehreren Gläubigern. S. u. Ziff. II.

12) Vgl. o. § 207 zu Note 9 ff.

13) S. o. §§ 187 ff.

14) Wenn die Rücknahme des Hinterlegten ausgeschlossen ist. Solange sie es noch nicht ist, kann sich der Schuldner gegenüber allen Gesammtgläubigern darauf berufen, daß er zu Gunsten eines Gläubigers hinterlegt habe. Es wäre unbillig das Gegentheil anzunehmen, da der Schuldner doch nicht gut für alle Gläubiger hinterlegen kann. Es wäre aber auch inkonsequent: denn 1) wirkt schon der Annahmeverzug des einen gegen die anderen Gläubiger. Warum also nicht die meist nur in Folge Annahmeverzugs geschehende Hinterlegung? 2) wendet § 429 Abs. 3 einfach den § 422 auf das aktive Gesammtschuldverhältniß an. Wenn also dort allgemein einer jeden (nicht blos der unwiderruflichen) Hinterlegung Gesammtwirkung verliehen ist, so auch hier. Zustimmend Dernburg § 165 Note 3. A. M. die Komm. v. Planck, Oertmann, Schollmeyer.

15) S. o. § 188. Besonders wichtig ist der Fall des § 607 Abs. 2. Der Schuldner kommt mit einem Gläubiger überein, ihm den geschuldeten Betrag nunmehr als Darlehen zu verschulden.

16) Arg. §§ 422 Abs. 2, 429 Abs. 3 BGB.

verhältnisse zugleich beziehen. So vor Allem, wenn die Leistung aus einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstande unmöglich wird oder wenn Forderung und Schuld sich in der Person eines Gesammtgläubigers vereinigen. § 429 Abs. 2[17]). Denn da der Schuldner leisten kann an wen er will, versteht sich, daß er sich hier in seiner Eigenschaft als Gläubiger selbst leisten wird[18]).

Nicht ganz so selbstverständlich ist es, daß ein Gesammtgläubiger die Schuld auch mit Wirkung für die übrigen Gesammtgläubiger erlassen kann. §§ 423, 429 Abs. 3. Die Gleichstellung mit den Gesammtschulden[19]) rechtfertigt sich nicht durch die Gleichheit des Akts: denn letzterer enthält hier einen Eingriff in die Rechtssphäre der anderen Gläubiger[20]). Die Gleichstellung rechtfertigt sich nur auf Grund des zwischen den Gesammtgläubigern bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses[21]), kraft dessen der Erlassende seinen Genossen zur Ausgleichung verpflichtet ist[22]). Dasselbe wie vom Erlasse gilt vom Abschluß eines negativen Anerkennungsvertrages (arg. § 397 Abs. 2), dem Vergleich eines Gesammtgläubigers mit dem Schuldner[23]) und von der Bewilligung resp. Zustimmung zu einer Schuldübernahme[24]).

Und wie der völlige Schulderlaß seitens eines Gesammtgläubigers mit Wirkung für Alle möglich ist, so wirkt auch die Erleichterung, welche der Annahmeverzug eines Gläubigers dem Schuldner gewährt, über dessen Person hinaus wider die übrigen Gesammtgläubiger. § 429 Abs. 1[25]).

17) Im Gegensatze zu Gesammtschulden. S. o. § 207 zu Note 34. Die Vereinigung tritt, außer durch Erbgang 2c., hier häufig durch Abtretung der Forderung eines Gesammtgläubigers an den Schuldner ein.

18) Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 BGB. beruht auf ähnlichen Erwägungen wie die des § 181 eod.

19) S. o. § 207 zu Note 20 ff.

20) Einen Eingriff, der regelmäßig ihrer Zustimmung bedürfte. S. o. Bd. I § 84. Der Erlassende entzieht ihnen einseitig ihr Forderungsrecht.

21) S. o. § 206 Note 34 ff. — Selbstredend ist auch ein bloßer Erlaß in personam (beschränkt auf die Person des betreffenden Gläubigers) zulässig.

22) S. u. Ziff. II. — Der Erlassende ist formell durch das Gemeinschaftsverhältniß zu diesem Eingriff in die Vermögenssphäre seiner Genossen legitimirt; materiell kann er ihnen dadurch nichts entziehen, da die Forderung nach § 430 im Verhältniß der Gesammtgläubiger zueinander getheilt ist. Jeder kann also seinen Antheil vom Erlassenden herausverlangen (von dem, was ohne den Erlaß vom Schuldner gezahlt sein würde).

23) S. o. § 207 Note 23 ff.

24) Es gelten entsprechend die Grundsätze der Note 22. Vgl. o. § 207 Note 25. Im Uebrigen s. u. Ziff. II. A. M. wegen der Schuldübernahme Schollmeyer § 429 Note 2a.

25) Auch dies läßt sich nicht durch die Analogie des § 424 BGB. recht-

Auch hier kann kraft der freien Parteiverabredung noch anderen Thatsachen Gesammtwirkung beigelegt werden[26]). Aber dies ist Ausnahme. Vielmehr stehen im Uebrigen sämmtliche Einzelschuldverhältnisse vollkommen unabhängig nebeneinander. Die ihr rechtliches Schicksal bestimmenden Thatsachen wirken nicht über das Schuldverhältniß hinaus, bei dessen Subjekten sie vorkommen. Dies gilt z. B. für die blos gegenüber einem Gesammtgläubiger eintretende Unmöglichkeit der Leistung, Verschulden, Verzug[27]); Vollendung der Verjährung gegenüber einem Gläubiger und für die nur gegenüber Einem vorliegenden Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Verjährung. Kündigung an oder seitens eines Gläubigers führt nur mit Beziehung auf ihn die Fälligkeit der Schuld herbei; das rechtskräftige Urtheil zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner wirkt nicht über die Parteien hinaus[28]). Auch wenn die Forderung eines Gesammtgläubigers auf einen Dritten übertragen wird[29]), so berührt dies die Rechte der übrigen Gesammtgläubiger nicht. § 429 Abs. 3 i. f. Der bisherige Gläubiger ist nicht mehr forderungsberechtigt, der neue ist es als Gesammtgläubiger. Aber in die Rechtsgemeinschaft der bisherigen Gesammtgläubiger tritt er nicht ein, und der Abtretende wird aus der letzteren nicht entlassen: er haftet also den Genossen fortdauernd auf Ausgleichung[30]).

II. Das Verhältniß der Gesammtgläubiger untereinander wird auch hier durch den Gesichtspunkt der zwischen ihnen obwaltenden Rechtsgemeinschaft bestimmt. § 430 BGB. Also unter den Genossen besteht Mitberechtigung nach Antheilen, d. h. keiner

---

fertigen: denn dort nützt, hier dagegen schadet der Annahmeverzug den Genossen. Die Vorschrift ist aber (a maiori ad minus) eine nothwendige Folge der Gesammtwirkung des Erlasses. Es wäre auch unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung, wenn der Schuldner (um der Verzugsvortheile theilhaftig zu werden) jedem Gläubiger besonders anbieten müßte rc. S. o. §§ 163 ff.

26) Arg. §§ 425 Abs. 1 u. 429 Abs. 3. Es gilt entsprechend das oben § 207 Note 27 Gesagte.

27) Befreiung des Schuldners oder die Verpflichtung zu Schadensersatz tritt nur gegenüber diesem Gläubiger ein; die Berechtigung der anderen Gläubiger bleibt unverändert. Daraus folgt, daß der Schuldner — da er das Recht hat zu leisten an wen er will — ohne Berücksichtigung der Verzugsfolgen die geschuldete Leistung noch an einen anderen Gläubiger bewirken kann. Dadurch fallen mitsammt dem Schuldverhältniß, in dem der Verzug vorlag, auch die Verzugsfolgen hinweg.

28) S. schon oben Note 8.

29) Freiwillig oder zwangsweise, insbesondere durch gerichtliche Ueberweisung. S. o. §§ 197 ff.

30) Nach den Grundsätzen von Ziff. II. Anders nur bei entsprechender Vereinbarung aller Gesammtgläubiger.

soll mehr erhalten resp. behalten als er empfangeu würde, wenn Theilschulden vorlägen[31]). Die Antheile sind auch hier gleich[32]), soweit nicht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz ein Anderes bestimmt ist[33]).

Daraus ergibt sich

1. Soweit ein Gesammtgläubiger mehr als seinen Antheil an der Gesammtleistung empfing, hat er den anderen Gläubigern resp. jedem einzelnen von ihnen auf dessen Verlangen seinen Antheil herauszugeben. Empfing er weniger als den ganzen Schuldposten, so hat er das Empfangene antheilig herauszugeben[34]).

2. Ja das Gemeinschaftsprinzip äußert sich auch hier schon vor und abgesehen von der Erfüllung, indem kein Gesammtgläubiger durch sein Verhalten das Gesammtinteresse (also die Aussicht eines Jeden auf Empfang seines Antheils) verletzen darf[35]). Selbstverständlich haftet hier Jeder nur für sein Verschulden[36]). Näheren Inhalt aber empfängt diese Verpflichtung regelmäßig durch das besondere Rechtsverhältniß, welches zwischen den Mitgläubigern besteht[37]). Vor Allem kommen hier die Verpflichtungen aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung gegen die Mitgläubiger in Betracht[38]), oder solche aus dem der Forderung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß, wonach z. B. Einer die ganze Leistung allein erhalten sollte, die Anderen nur zur Erleichterung der Erfüllung als Gläubiger mit zugezogen sind. Hiernach beurtheilt sich auch, was bei Annahme

---

31) S. o. § 206 Ziff. I.

32) Entsprechend § 742 BGB.

33) So insbes. in den Fällen §§ 2151, 2152 BGB. S. ferner noch unten Ziff. 2.

34) Es gilt entsprechend das oben § 207 bei Note 52 ff. Gesagte, nur mit der Maßgabe, daß es hier auf dem freien Entschluß des handelnden Gläubigers beruht, wenn er weniger als das Geschuldete annimmt. Unter Umständen macht er sich dadurch seinen Mitgläubigern verantwortlich und muß sich demgemäß von ihnen so behandeln lassen, wie wenn er den nicht beitreibbaren Rest empfangen hätte. S. auch unten.

35) Zum Theil kann er es gar nicht. Z. B. nicht durch Erlaß der ganzen Forderung, da diese schon von selbst als unter den Mitgläubigern getheilt gilt. Letztere können gegen den Erlassenden ihren Antheil einfordern. S. o. Note 20 ff. S. jedoch das gleich Folgende. Auch eine confusio berührt nicht die Ausgleichung. Wegen Schuldübernahme s. o. bei Note 24.

36) Der handelnde Mitgläubiger kann sich hiernach unter Umständen exkulpiren z. B. durch den Nachweis, daß ohne Erlaß auch keine Leistung vom Schuldner zu erlangen gewesen wäre.

37) Entsprechend dem oben § 207 Note 60 ff. für Gesammtschuldner Gesagten.

38) Z. B. es droht die Insolvenz des Schuldners. Ein Mitgläubiger wurde bei dieser Sachlage von den anderen mit der Durchführung einer schleunigen Vollstreckungsmaßregel betraut und verzögert nachlässig deren Vornahme. Hier hat er den dadurch entstandenen Ausfall selbst zu tragen.

einer Leistung an Erfüllungsstatt durch einen Gläubiger die anderen zu fordern haben[39]).

III. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen.

§ 209.

I. Auch eine untheilbare Leistung[1]) kann nur einmal und einheitlich bewirkt werden. Schulden also Mehrere etwas Untheilbares, so muß die Leistung durch einen Schuldner alle befreien. Gleichwohl wäre ein solches Verhältniß nicht nothwendig Gesammthaftung[2]). Doch verfügt unser Gesetz hier positiv eine Gesammtschuld. § 431. Dies dient zur Vereinfachung[3]). Folglich bleibt das Verhältniß auch dann Gesammtschuld und deren Regeln[4]) bleiben anwendbar, wenn nachträglich an Stelle der untheilbaren Leistung aus irgend einem Grunde eine theilbare tritt[5]).

II. Verschieden davon ist die Behandlung, wenn Mehrere etwas Untheilbares zu fordern haben. Diese können Gesammtgläubiger sein, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen[6]), aber von selbst sind sie es nicht. Hier verstieße die einfache Gleichstellung gegen wirthschaftliche Verkehrsinteressen[7]). Die Ansprüche

---

39) Z. B. war die Annahme an Erfüllungsstatt nach den Grundsätzen der nützlichen Geschäftsführung (oben Note 38) berechtigt, so können die Mitgläubiger nur ihren Antheil am Geleisteten verlangen. Ebenso wenn sie der Leistung zustimmten. Andernfalls wird die Annahme nach Art eines theilweisen Erlasses behandelt (s. o. Noten 34, 36).

1) Ueber den Begriff, s. o. § 145 Ziff. 4.

2) S. o. § 206 zu Note 57. Nämlich dann nicht, wenn die Gleichheit der Verpflichtung rein zufällig ist, also auf verschiedenen Entstehungsgründen beruht. Die Mehreren haften in totum, weiter nicht! Daraus ergäbe sich, daß die durch die Identität des Gegenstands geschaffene Beziehung der mehreren Schuldverhältnisse sofort dann wegfiele, wenn an Stelle der (z. B. unmöglich gewordenen) ursprünglichen Leistung eine theilbare (z. B. auf Schadensersatz) tritt. Nach der Gestaltung des Textes wird diese Konsequenz von unserem Gesetze verneint.

3) Die gleiche Bestimmung findet sich schon im röm. Recht.

4) S. o. § 207.

5) Z. B. die mehreren Schuldner haften auch für den eventuellen Schadensersatz als Gesammtschuldner. — Handelt es sich aber um die nur von einem Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung, so haftet (nach § 425 Abs. 2 BGB.) nur dieser Schuldner auf Schadensersatz, die übrigen sind frei.

6) S. o. §§ 206, 208.

7) S. schon oben § 206 Note 16. Dem Wettlauf der Gläubiger auf Erlangung des untheilbaren Schuldobjekts (wie er nach § 208 oben einträte) ist vorzubeugen. Das freie Wahlrecht des Schuldners könnte zu Unzuträglichkeiten führen (s. auch § 208 Note 11). Die röm. Regelung (Gesammtschuld) ist daher hier verlassen. Das Gesetz folgt dem Preuß. A.LR. I Tit. 5 § 450.

der Mehreren auf das Ganze werden daher nach eigenen Regeln geordnet. § 432 BGB. Diese Regeln werden unanwendbar, sobald an Stelle des untheilbaren Leistungsgegenstands ein theilbarer tritt[8]).

Mangels Vorliegens einer Gesammtforderung[9]) ist hiernach:

1. Das Verhältniß der mehreren Gläubiger zum Schuldner Folgendes. Kein Gläubiger kann die Leistung ausschließlich an sich selbst sondern nur an alle zusammen verlangen. Dies hindert den Wettlauf der Gläubiger, wie die Willkür des Schuldners hinsichtlich der Erfüllung. Auch der Schuldner wird nur durch gemeinschaftliche Leistung an Alle, resp. dadurch, daß die Leistung Allen zu gute kommt[10]), befreit. Es tritt also hier die Rechtsgemeinschaft der Mitgläubiger[11]) auch nach Außen hin hervor[12]). Die mehreren Forderungsrechte werden infolge der Einheit des Leistungsgegenstandes von einem wirthschaftlichen Bande umschlungen und dadurch eigenthümlich modifizirt[13]).

Im Einzelnen gilt:

a) Alle Gläubiger können die Leistung verlangen. Das heißt zunächst: an sie zusammen, und wäre der Normalfall. Aber ein derartiges Einverständniß wird sich selten erzielen lassen. Für diesen Fall kann jeder einzelne Gläubiger die Leistung an Alle[14]) verlangen[15]).

b) Es kann aber auch sein, daß nicht Alle annehmen können oder wollen, oder daß sich die gemeinschaftliche Annahme nach den Umständen von selbst verbietet. Hier ist zu unterscheiden, ob die Gläubiger oder einer resp. einige von ihnen im Gesammtinteresse[16]) für diesen Fall Vorkehrungen getroffen haben oder nicht.

---

8) Z. B. ein Ersatzanspruch in Geld.

9) S. o. Note 6.

10) S. o. § 182 Ziff. 3c. Manche Leistungen kommen von selbst allen Mitgläubigern zu Gute. Z. B. die Ausbesserung eines gemeinschaftlichen Hauses u. dgl. Derartige Leistungen kann der Schuldner einfach (mit befreiender Wirkung) vollziehen.

11) Vgl. oben § 206 Note 34ff., § 208 Ziff. II.

12) S. u. §§ 286 ff. Diese Vorschriften sind entsprechend anwendbar, soweit sich aus dem hier Gesagten nicht etwas Gegentheiliges ergibt (so z. B. die §§ 742, 747—750, 758 BGB.).

13) S. o. § 139 Ziff. 2a.

14) Wegen der Annahme s. u. lit. b. Aus §§ 744 ff. BGB. ist übrigens zu folgern, daß zur ordnungsmäßigen Einziehung der Forderung eine Mitwirkung der dissentirenden Mitgläubiger von den Genossen erzwungen werden kann.

15) Kommt es zur Klage, so können diejenigen Gläubiger, die selbst nicht klagen wollen, den klagenden als Nebenintervenienten beitreten und es kann ihnen der Streit verkündet werden. § 72 CPO. — Die klagenden Mitgläubiger sind Streitgenossen.

16) Wie letzterer die Leistung an Alle beitreiben kann, so ist er auch befugt, in diesem Fall die nöthigen Hülfsmaßregeln zu ergreifen.

α. Die gegebene Vorkehrung für diesen Fall ist Niederlegung des Schuldobjekts bei einer gemeinschaftlichen Mittelsperson[17]). Als solche ist, soweit es sich um hinterlegbare Gegenstände handelt, die öffentliche Hinterlegungsstelle bestimmt. Doch muß die Hinterlegung für alle Gläubiger erfolgen[18]). Ist die geschuldete Sache nicht hinterlegbar, so ist sie an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abzuliefern[19]).

Auf Leistung in dieser Weise kann also gegebenenfalls ein jeder einzelne Gläubiger wider den Schuldner dringen (§ 432 Abs. 1 S. 2); auf Leistung schlechthin dagegen nur in den Fällen, wo die Leistung von selbst allen Gläubigern zu gute kommt[20]).

β. Bietet der Schuldner seinerseits die Leistung in gehöriger Weise[21]) den Gläubigern an[22]), so kommen, wenn auch nur durch das Verhalten eines Gläubigers die Annahme vereitelt wird[23]), sämmtliche Gläubiger in Annahmeverzug. Folglich hat der Schuldner jetzt auch das Recht der Hinterlegung zur Schuldbefreiung im gewöhnlichen Umfange[24]).

c) Abgesehen von den obigen Thatsachen, welche die ihnen eigenthümliche Wirkung stets für alle Betheiligten herbeiführen, gibt es hier überhaupt keine Gesammtwirkungen[25]). Vielmehr können solche nur durch Thatsachen herbeigeführt werden, die allen Gläubigern gemeinsam sind. Dies gilt z. B. für die in Betracht kommenden

---

17) Es handelt sich hier nicht um ein Erfüllungssurrogat (oben §§ 189 ff.), sondern um den nach Lage der Sache einzigen Modus der Erfüllung. Daher kommen die Hinterlegungsregeln (§§ 372 ff. BGB.) jedenfalls nur soweit zur Anwendung, als eine öffentliche Hinterlegungsstelle mit der Annahme betraut ist. Z. B. ein Selbsthülfeverkauf findet nicht statt. Und überhaupt kann Hinterlegung unter Ausschluß des Rücknahmerechts verlangt werden, weil sonst der vollständige Erfüllungseffekt nicht einträte.

18) Was bei der Hinterlegung auszudrücken ist.

19) Der Verwahrer ist von dem Amtsgericht des Ortes zu bestellen, wo sich die Sache befindet. § 165 d. Ges. über die freiw. Gerichtsbarkeit.

20) S. o. Note 10.

21) Also ihnen gemeinschaftlich im oben festgestellten Sinne.

22) Wie er nach § 432 Abs. 1 BGB. unzweifelhaft berechtigt ist.

23) Und sie wird durch Weigerung eines Gläubigers meistens vereitelt, da der Schuldner das Risiko der darin liegenden Unregelmäßigkeit und die Gefahr doppelter Zahlung nicht zu tragen braucht. S. jedoch oben Note 14.

24) Z. B. (im Gegensatz zu Note 17) ohne Ausschluß des Rücknahmerechts. S. o. §§ 189—190. Der Schuldner hat das Recht des Selbsthülfeverkaufs und der Hinterlegung des Erlöses 2c. — Die hier gemachte Unterscheidung löst alle Schwierigkeiten, z. B. beantwortet die berühmte Streitfrage, ob der Annahmeverzug „Gesammtwirkung" habe oder nicht. Die Litteratur ist kontrovers und betrachtet die Fragen nicht aus einheitlichem Gesichtspunkt.

25) Im Falle der Unmöglichkeit der Leistung s. o. zu Note 8.

Erfüllungssurrogate[26]), für Erlaß, Verjährung der Forderung, Kündigung, Mahnung u. s. w. Liegen diese Thatsachen nur in der Person eines oder einiger Gläubiger vor, so wirken sie nicht für und gegen die übrigen Gläubiger. Z. B. der Erlaß befreit den Schuldner nicht von seiner Leistung an die übrigen Gläubiger; Kündigung und Mahnung führen die Fälligkeit der Forderung, Schadensersatzpflicht ꝛc. nur gegenüber dem betreibenden Gläubiger herbei[27]). Ein rechtskräftiges Urtheil zwischen dem Schuldner und einem Gläubiger nützt und schadet nicht den Genossen, die am Prozeß nicht Theil genommen haben; Vereinigung (confusio) wirkt über die Person des Gläubigers, bei dem sie eingetreten ist, nicht hinaus.

2. Die Beziehung der gemeinschaftlichen Gläubiger untereinander bestimmt sich wesentlich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse[28]). Letzteres ist mangels besonderer rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen nach Art der gewöhnlichen Gemeinschaft aufzufassen[29]). Demgemäß ist das Geleistete (und zwar im Zweifel nach gleichen Antheilen) unter den Genossen zu vertheilen[30]). Auch kann schon vor der Leistung jeder Gläubiger Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses (durch Verkauf des ganzen Schuldpostens[31]) an einen Dritten) verlangen[32]), auch persönlich durch Abtretung seiner Forderung aus der Gemeinschaft ausscheiden[33]). Der Rechtsnachfolger tritt durch Erwerb des Gläubigerrechts auf die untheilbare Leistung von selbst in die Gemeinschaft ein[34]).

---

26) Insbesondere für die Leistung an Erfüllungsstatt. Diese muß also, um gegen Alle zu wirken, auch von allen Gläubigern bewilligt sein. Inwiefern Einzelne Vertretungsmacht für Alle haben, ist eine andere Frage. Sie beantwortet sich vielfach nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. — Aufrechnung ist regelmäßig ausgeschlossen. Vgl. Schollmeyer a. a. O. Note 4 i. f.

27) Also dieser kann jetzt Leistung verlangen — freilich nur an Alle (s. o.) —, nicht auch ein anderer Gläubiger, der nicht gekündigt hat. In Folge der Mahnung geräth der Schuldner nur dem mahnenden Gläubiger gegenüber in Verzug und wird daher auch nur diesem schadensersatzpflichtig.

28) S. o. §§ 207 u. 208 (II Ziff. 2). — Im § 432 BGB. fehlen besondere Normen.

29) S. §§ 741 ff. BGB. S. schon oben Noten 12, 14.

30) Arg. § 742 BGB. Ein geleisteter Gegenstand wird unter den Mitgläubigern gemeinschaftlich, z. B. tritt ins Miteigenthum der Genossen.

31) Also sämmtlicher Einzelforderungen auf die untheilbare Leistung (deren Vielheit das Leben hier nicht unterscheidet).

32) Arg. §§ 749 ff. BGB.

33) Arg. § 747 eod.

34) Anders als im Falle oben § 208 Ziff. I i. f.

Zweiter Abschnitt.
Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 210.

Vorbemerkung*.

Im Anschluß an das allgemeine Schuldrecht werden im Folgenden einzelne besonders ausgeprägte Schuldtypen behandelt. Die Rechtsordnung hat im Lauf der Zeit verschiedene besonders wichtige Schuldverhältnisse durch eingehendere Normen ausgezeichnet, weil es unzweckmäßig erschien, bei ihnen alles der freien Parteiverabredung oder der Schlußfolgerung aus allgemeinen Grundsätzen zu überlassen. Die Verkehrssicherheit verlangt bisweilen eine nähere Regelung. Damit soll nicht gesagt sein, daß in den betreffenden Fällen die freie Parteiverabredung geringeren Spielraum hätte[1]). Vielmehr bleibt es dabei, daß im Gebiet des Schuldrechts, namentlich der vertraglichen Schuldverhältnisse, jede Normgebung grundsätzlich nur einen dispositiven Charakter hat[2]). Sie erfolgt, weil die Parteien unmöglich an Alles denken, Alles vorsehen können. Daher aber auch nur soweit, als ein Verkehrsbedürfniß besteht und der Verkehr annähernd schon die Regeln festgestellt hat, die das Gesetz nur noch bestimmter zu fassen und mit seiner Autorität zu umkleiden braucht. Hand in Hand damit geht eine besondere Namengebung für die in Rede stehenden Schuldtypen[3]), welche seit alter Zeit von Theorie und Praxis ausgebildet und vom Gesetze übernommen ist[4]).

---

*) Litteratur vor § 138.

1) Soweit sie sich überhaupt bethätigen kann, und insbesondere auch das betreffende Verhältniß auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht.

2) S. o. Bd. I § 79.

3) Z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Miethe, Pacht, Gesellschaft u. dgl.

4) Nur bestrebt sich das Gesetz auch hier möglichst der Anwendung rein deutscher Bezeichnungen.

Die Zahl der hier behandelten besonderen Schuldverhältnisse ist also keineswegs eine geschlossene, vielmehr nur eine herkömmlich festgestellte; und neue Verkehrs- und Lebensbedingungen können die Zahl derselben vergrößern. Der systematische Schwerpunkt des Schuldrechts liegt also im vorstehenden „Ersten Abschnitt". Dieser hat nicht blos den Sinn, das spezielle Schuldrecht vorzubereiten und dafür gewisse allgemeine Grundlagen zu schaffen[5]), sondern er ist ausschließlich maßgebend für alle Schuldverhältnisse, die unter keine der nachstehend behandelten besonderen Kategorien fallen. Solche Schuldverhältnisse sind in erster Linie nach der getroffenen Parteifestsetzung zu beurtheilen[6]); soweit eine solche fehlt[7]), nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts.

Es handelt sich hier also nur noch um die Betrachtung einzelner Schuldfälle, die freilich keineswegs willkürlich herausgegriffen sind, sondern in bestimmter systematischer Ordnung stehen, welche theils durch die Tradition, theils durch ihren unmittelbaren Inhalt und Zusammenhang gegeben wird. Es läge nahe, diesen Zusammenhang danach zu bestimmen, ob die betreffenden Schuldverhältnisse auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft oder anderen Thatsachen (erlaubtem oder unerlaubtem Verhalten) beruhen[8]). S. o. § 143 über die Entstehung

5) Wie der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Rechts (Bd. I), der überwiegend keinen Selbstzweck hat, für alle besonderen Theile grundlegend ist. — Für die „Besonderen Schuldverhältnisse" kommt allerdings das allgemeine Schuldrecht in ähnlicher Weise nebenher in Betracht. Aber in dieser Hinsicht werden seine Grundsätze vielfach durch Spezialbestimmungen durchbrochen und in ihr Gegentheil verkehrt.

6) Vgl. über die sog. unbenannten Verträge des modernen Rechts schon oben § 143.

7) Oder wegen Verstoßes gegen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unwirksam ist ꝛc.

8) Z. B. auf Verträgen beruhen: die Umsatzgeschäfte, Kauf, Tausch, Miethe, Pacht, Dienst- und Werkvertrag einschließlich der Mäklerei; ferner die Verpflichtungen auf Rückgabe, Leihe, Darlehen, Verwahrung ꝛc.; Schenkung, Auftrag und Gesellschaft; ferner die Spiel- und Sicherungsgeschäfte, Bürgschaft, Vergleich; die abstrakten Schuldversprechen ꝛc.

Auf einseitigen Geschäften beruhen die Auslobung und die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Auf anderen Thatsachen, und zwar erlaubten, beruhen die Verpflichtungen aus unbeauftragter Geschäftsführung, Gemeinschaft, sowie aus ungerechtfertigter Bereicherung; — auf unerlaubten die Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen.

Es ist aber klar, daß durch eine solche rein formale Eintheilung innerlich gleichartige Verhältnisse (z. B. beauftragte und unbeauftragte Geschäftsführung, Gesellschaft und Gemeinschaft ꝛc.) auseinandergerissen, und in jeder Hinsicht das Verständniß erschwert wird. Daher hat schon das Gesetz jene formale Eintheilung verlassen. Aber ihm fehlt nun fast jede Systematik. Trotz überwiegender Festhaltung der gesetzlichen Reihenfolge haben wir diesem Mangel in erster Linie abzuhelfen gesucht.

der Schuldverhältnisse. Aber die einmalige Klassifizirung der vorkommenden Entstehungsthatsachen daselbst genügt; um so mehr, als der Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses bei dessen Behandlung doch jedesmal deutlich zu Tage tritt. Viel wichtiger ist an dieser Stelle eine Eintheilung nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten, die allein auch den richtigen Einblick in das Verkehrsleben eröffnet. So gelangen wir zu gewissen Gruppen von Schuldverhältnissen, die eine gewisse innere Verwandtschaft nicht verleugnen und auch im Leben vielfach gleichmäßige Behandlung erfahren.

Auszuscheiden sind hier grundsätzlich [9]) alle Schuldverhältnisse, die sich an Institute des Sachenrechts, Familien- und Erbrechts so enge anschließen, daß sie mit diesen zu behandeln sind; ferner solche, die über den Rahmen des bürgerlichen Rechts hinausgehen [10]).

Erstes Kapitel.

Verfügungsgeschäfte.

I. Der Kauf*.

§ 211.

A. Begriff und Abschluß.

Der Kauf ist das wichtigste Verfügungsgeschäft [1]). Durch ihn vollzieht sich vorzugsweise der Güterumsatz. Denn dieser Umsatz geschieht im Leben regelmäßig nicht ohne Entgelt.

9) S. o. § 138 Ziff. 2.

10) Verpflichtungen des Handels- und Wechselrechts, des öffentlichen, insbesondere auch des Eisenbahn-, Post- und Telegraphenrechts ꝛc. Ueber alle diese besteht eine eingehende Spezialliteratur.

*) Vgl. Bechmann, Der Kauf I (1876), II Abth. 1 (1884); E. Zimmermann in den Bad. Annalen Bd. 63 (1897) S. 205 u. f. w.; Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (1899) in Fischer, Abh. Bd. 4 S. 213 ff. — Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse (1897) § 2; Dernburg §§ 167 ff.; Endemann I §§ 157 ff.; Cosack §§ 121 ff.; Mathiaß I §§ 104 ff.; Enneccerus I §§ 239 ff.

1) S. über die Verfügungen schon oben Bd. I § 74 II Ziff. 3 Note 15 ff. Sie umfassen Veräußerung, Belastung und Verzicht. Auf alle diese Dinge kann der Kauf gehen: z. B. auf Veräußerung von Sachen oder Rechten (Abtretung derselben ꝛc.), auf Begründung dinglicher Rechte an fremder Sache u. s. w., auf Verzicht (Erlaß) u. dgl., sofern alles dies nur gegen Entgelt erfolgt. — Die vielfach gebrauchte Gesammtbezeichnung: „Veräußerungsgeschäfte“ ist daher zu eng. Sie steht in Widerspruch mit dem a. a. O. Note 20 Gesagten.

Als Entgelt kommt im heutigen Verkehr vorzugsweise nur Geld in Betracht [2]). Wir leben im Zeitalter der Geldwirthschaft [3]). So ist denn der Kauf: Umsatz von Gütern gegen Geld. Man spricht auch wohl von Waare und Preis (Geldpreis) [4]).

1. Dieser Umsatz ist schuldrechtlich, nicht sachenrechtlich zu denken. Es interessirt uns hier nicht, inwiefern die verkaufte Sache und der Kaufpreis ins Eigenthum des Käufers und Verkäufers übergehen, — obschon auch hiervon gelegentlich die Rede sein wird. Soweit dies geschieht, geschieht es nur, weil regelmäßig damit erst die Parteien ihre Pflichten aus dem Kaufgeschäft erfüllen. Wie Eigenthum gegeben und erworben wird [5]), ist später (im Sachenrechte) zu erörtern. Verkaufen kann man anderseits auch Rechte [6]), die des Eigenthums nicht fähig sind (z. B. Forderungen, Immaterialgüterrechte u. dgl.). Das Kaufgeschäft ist dabei das gleiche [7]). Für uns handelt es sich hier nur um dieses Geschäft: das auf die Verfügung geht, nicht selbst schon Verfügung ist [8]), und um die Pflichten der Parteien aus diesem Geschäfte. § 433 BGB.

2. Damit ist nicht gesagt, daß mit der Kaufs- und Verkaufserklärung nicht unter Umständen auch die Verfügung verbunden werden könnte, auf die der Kauf gerichtet ist. Die Parteierklärung versieht alsdann eine doppelte Funktion: sie wirkt als Kauf und als Verfügung, weil dies der Parteiabsicht entspricht. Doch erkennt die Rechtsordnung diese doppelte Funktion nur an, wo die Erklärung den Anforderungen beider Geschäfte genügt: also entweder die Verfügung formlos geschehen kann [9]) oder die

2) S. o. Bd. I § 62. Weil man für Geld regelmäßig andere Güter auf die bequemste Weise haben kann.

3) Nicht der Naturalwirthschaft, die in dieser Beziehung vorzugsweise auf den Tausch angewiesen war.

4) Doch sind Waaren eigentlich nur Sachen (s. o. Bd. I § 62 Note 7). Ja das Handelsgesetzbuch nennt „Waaren" nur bewegliche Sachen, welche als Gegenstand des Handels vorzukommen pflegen. Diese Beschränkung braucht aber im allgemeinen bürgerlichen Recht nicht festgehalten zu werden. In diesem läßt sich nicht schlechterdings blos von „Gut" und „Kaufgegenstand" reden.

5) Durch Auflassung — Uebergabe (§§ 925, 929 BGB.). Man erwirbt Eigenthum nicht blos durch Verkauf, sondern auf unzählige andere Arten. Der Kauf ist einer der Rechtsgründe (Bd. I § 74 Note 24 ff.) der Uebereignung.

6) Im Gegensatz zu Sachen (s. Bd. I § 58 zu Note 4).

7) Die Ausführung geschieht hier meistens durch Abtretung des Rechts (gemäß §§ 398 ff., 413 BGB.). S. o. §§ 197 ff. Der Kauf ist Rechtsgrund dieser Zuwendung.

8) S. o. Bd. I § 74 a. a. O., § 173 Note 1. Wo hier der Ausdruck „Verfügung" oder „Veräußerung" gebraucht wird, geschieht dies nur abkürzungsweise.

9) Wie bei der Abtretung von Rechten nach §§ 398, 413 BGB. S. o. §§ 197 ff.

Kaufs- und Verkaufserklärung mit Beobachtung der Form geschieht, die zur Verfügung erforderlich ist: also insbesondere unter sofortiger Uebergabe der verkauften Sache und des Preises.

a) Wo die Verfügung formlos möglich ist und das Geschäft formlos geschlossen wird, ist es hiernach eine Frage der Auslegung, ob blos Kauf vorliegt und die Verfügung noch folgen soll, oder ob das konkrete Geschäft nach Absicht der Parteien beides miteinander verbindet [10]).

b) Wo die Kaufs- oder Verkaufserklärungen einer beweglichen Sache mit gleichzeitiger Uebergabe [11]) verbunden sind, kann an sofortiger Vornahme der Verfügung nicht mehr gezweifelt werden. § 929 BGB. Das Geschäft enthält also den Grundvertrag (den Kauf) und dessen Ausführung. Aber nicht als die Summe zweier Geschäfte, sondern in gegenseitiger Durchdringung des obligatorischen und dinglichen Elements. Der Kauf ist durch die beiderseitigen Erfüllungshandlungen abgeschlossen (erklärt): sog. Realkauf oder Handkauf [12]). Daher sind die Verpflichtungen der Parteien auch aus diesem Geschäft diejenigen der §§ 433 ff. BGB., wenngleich sie selbstverständlich, soweit sie schon erfüllt sind, nicht noch einmal erfüllt zu werden brauchen. Aber nicht selten war die in der Uebergabe liegende Erfüllung trügerisch [13]): in diesem Fall treten die Pflichten aus dem Kauf nachträglich hervor.

---

10) Dies wird regelmäßig gewollt sein, wo eine doppelte Erklärung von wesentlich gleichem äußerlichen Inhalt zwecklos wäre, vor Allem nicht durch die Interessen des Verkäufers gefordert wird, z. B. bei Baarzahlung.

11) Der Waare oder des Preises, oder beider zugleich. — Es kann also die Uebergabe blos von einer Seite (so besonders häufig vom Verkäufer) oder von beiden Seiten erfolgt sein. Geschah sie nur von einer Seite, so erblickt man darin schuldrechtlich regelmäßig nur ein gewöhnliches Kaufgeschäft und dessen Erfüllung. Geschieht die Uebergabe von beiden Seiten unmittelbar, so wäre es gezwungen, den uno spiritu vollzogenen Akt so aufzulösen, daß beiderseits zunächst nur eine Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung übernommen und letztere alsdann durch Uebergabe erfüllt sei. Vielmehr hat das ganze Geschäft einen einheitlichen Charakter. S. den Text.

12) S. über die Konstruktion schon oben Bd. I § 86 zu Note 9 ff. Die Litteratur ist schwankend. Vgl. Bechmann I S. 608, II S. 84; Brinz, Pand. II § 325; Bähr, Urtheile d. RG. S. 34 u. Krit. Vjschr. Bd. 30 S. 386; Ring, Archiv f. bürg. Recht Bd. 1 S. 203; Dernburg § 167 Ziff. III u. A. Irrig ist jedenfalls, das Kaufgeschäft in dem Vertrag zu leugnen, also darin nur zwei gegenseitig bedingte Traditionen zu sehen. Die Kaufnatur macht sich sofort bemerkbar, sobald in dem Geschäft irgend etwas nicht in Ordnung ist.

13) Z. B. die übergebene Sache gehörte nicht dem Verkäufer und wird in Folge dessen dem Käufer entwährt; sie war mangelhaft 2c. §§ 433 ff., 459 ff. BGB. sind anwendbar.

Immerhin verstehen wir unter Kauf gewöhnlich nur die bloße Kaufabrede (das Schuldverhältniß) mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Diese macht daher regelmäßig auch der geltend, welcher aus einem Kaufe (ohne weiteren Beisatz) klagt. Behauptet daher der Gegner einen Handkauf, so leugnet er diese Pflichten und damit das Geschäft[14]).

3. Durch den Kauf verpflichten sich also die Parteien zum gegenseitigen Austausch von Gütern gegen Geld. Darin liegt

a) Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Es finden auf ihn grundsätzlich die oben § 168 ff. besprochenen Regeln Anwendung.

b) Er geht beiderseits auf Veräußerung, Belastung rc. der auszutauschenden Gegenstände, nicht auf Ueberlassung derselben zum Gebrauch oder zur Nutzung[15]). Und zwar verpflichtet sich jede Partei, die auszutauschenden Sachen — Waare und Preis — der anderen Partei zu übergeben und ins Eigenthum zu bringen[16]), oder wenn der verkaufte Gegenstand z. B. eine Forderung oder ein sonstiges Recht ist, dem Käufer das Vollrecht, so wie es verkauft ward, nach den ihm eigenen Regeln zu begründen resp. zu übertragen[17]). Unser Gesetz bezeichnet dies als Verschaffung der verkauften Sache oder des verkauften Rechts (§ 433) und unterscheidet danach überhaupt Verkauf von Sachen[18]) und von Rechten.

Zusammenfassend kann man sagen: der Kauf geht heutzutage auf

14) Er gibt nicht den Kauf als solchen zu und behauptet dessen Erfüllung (die er dann nach Bd. I § 127 zu Note 20 beweisen müßte), sondern er leugnet, daß jene Pflichten überhaupt entstanden sind. Folglich muß der Kläger das Entstehen jener Pflichten, d. i. das obligatorische Kaufgeschäft beweisen.

15) Darin liegt der Unterschied von Miethe und Pacht. Die Gebrauchsvortheile sind nicht Gegenstand einer Veräußerung. Das moderne Recht hat Miethe und Pacht endgültig vom Kaufe abgesondert (während das ältere Recht sie noch nicht deutlich unterschied). Ebensowenig ist Kauf die Benutzung fremder Arbeitskraft. S. u. die verschiedenen Lohnverträge.

16) Es genügt nicht, dem Käufer das bloße Haben und Behaltenkönnen des Kaufgegenstands (habere licere) zu verschaffen, wie dies bei den Römern der Fall war. Vgl. dazu Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigenthums (1874). Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 1, Code Nap. Art. 1582 ff. sowie oben § 173 Note 4 u. Cit.

17) Je nachdem das Recht beim Verkäufer schon vorhanden war und übertragbar ist (hier führt der Kauf zu einem derivativ-translativen Erwerb des Käufers: s. o. Bd. I § 71 Ziff. 5 d), oder je nachdem es vom Verkäufer aus der Fülle der eigenen Berechtigungen abgegliedert und als neues dem Käufer bestellt wird, z. B. eine verkaufte Grunddienstbarkeit (hier führt der Kauf zu einem derivativ-konstitutiven Erwerb: s. eod. Ziff. 5 c. Man spricht hier auch von konstitutivem Kaufe).

18) Gemeint ist das Eigenthum an der Sache, welches dem Käufer zu verschaffen ist. Bei den anderen Kaufgegenständen ist dem Käufer das entsprechende Recht zu verschaffen.

Rechtsverschaffung: auf die Verschaffung einer dem Geschäft entsprechenden rechtlichen Position des Käufers[19]), nicht blos auf die Verschaffung faktischer Vortheile (ein faktisches Genießen, Haben und Behalten des Kaufgegenstandes).

c) Zum Abschluß des Kaufes ist nur die erklärte Willensübereinstimmung der Parteien über den Austausch von Waare und Preis erforderlich. Es muß also feststehen, daß, was und wofür es verkauft ist. Alles etwa sonst noch Verabredete sind Nebenbestimmungen, welche das Wesen des Kaufes nicht berühren, obschon solche Nebenklauseln im Einzelfall natürlich eine große Rolle spielen können[20]).

Die Vertragserklärungen können formlos abgegeben werden[21]). Nur der Verkauf eines Grundstücks oder eines (gegenwärtigen) Vermögens[22]) verlangt nach allgemeinen Regeln zu seiner Gültigkeit gerichtliche oder notarielle Beurkundung. §§ 311, 313 BGB.[23]).

4. Der Kauf steht unter den allgemeinen Regeln von Treu und Glauben und der Verkehrssitte[24]). Es ist schon hervorgehoben, daß diese unter Umständen verschiedene Anforderungen stellen. Der Kauf ist ein Umsatzgeschäft. Waare und Preis bestimmen sich nach Angebot und Nachfrage, und diese sind wechselnd. Beim Handel und Wandel will jede Partei gewinnen, und kann es auch unter Umständen. Daß jede Partei hier ihre eigensüchtigen

---

19) Ueber den Kauf als Vorstufe (Titel) dinglicher Rechtswirkungen, s. o. Bd. I § 71 Ziff. 10.

20) Es sind Nebenbestimmungen in dem bekannten objektiven Sinne. S. o. Bd. I §§ 77, 96. — Einige Nebenbestimmungen sind übrigens für den Kauf typisch geworden, sodaß sich daraus gewisse Spielarten des Kaufs gebildet haben. S. u. über Versendungskauf, Kauf auf Probe, Vorkauf, Wiederkauf 2c.

21) Insbesondere ist der Ausdruck „Kaufen und Verkaufen" so wenig nothwendig, wie unter Umständen überhaupt eine wörtliche Erklärung. Z. B. genügt vielfach das einfache Ansichnehmen der ausgelegten Waaren; die Vornahme der entsprechenden Hantirungen an einem aufgestellten Automat. — Es ist regelmäßig gleichgültig, ob die Parteien erklären: sie kaufen und verkaufen oder: sie wollen oder versprechen zu kaufen und zu verkaufen. S. o. § 167 zu Note 14 ff. Promesse de vente vaut vente. Ausnahmen unter Umständen bei Vorkauf und Wiederkauf. Oft wird der Preis gar nicht genannt und steht dennoch (nach der Verkehrssitte 2c.) fest. Ebensowenig ist oft die Waare im Voraus genau bezeichnet. S. darüber unten § 212.

22) Sei es ganz oder zum Theil (auch in Gestalt der kaufweisen Bestellung eines Nießbrauchs an demselben). S. § 311 BGB. u. oben § 166 Ziff. II.

23) S. o. § 166 zu Note 32, 38 ff. — Aus dem Handelsrecht kommt noch unter Umständen der Kauf von Gesellschaftsantheilen hinzu. S. § 15 RG. über die Ges. m. beschränkter Haftung v. 20. April 1892. — Ueber willkürliche Formverabredungen s. o. Bd. I § 87 Ziff. 4.

24) S. o. § 142 u. Bd. I § 91. So schon seit uralter Zeit, als diese Regeln noch keineswegs so allgemein galten.

Interessen verfolgt, ohne auf die des Gegners Rücksicht zu nehmen, kann ihr hier regelmäßig nicht verdacht werden[25]). Unser Prinzip hat hier nur den Sinn, daß Betrügerei und Uebervortheilung, kurz Mittel, die im Verkehr als anstößig angesehen werden, zu vermeiden sind[26]).

5. Ob Jemand ein Kaufgeschäft abschließen will, ist regelmäßig in sein freies Ermessen gestellt. Keine Ausnahme hiervon ist die Enteignung. Sie ist kein Zwangsverkauf, sondern ein eigenartiges Erwerbsrecht von Sachen[27]). Dagegen gibt es nothwendige Verkäufe in der Art, daß ein Dritter zufolge eigenen Rechts Stücke des Vermögens eines Anderen zum Verkaufe bringen darf: so ein Gläubiger die Sachen seines Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung (s. §§ 814 ff., 821, 857, 866 CPO., §§ 66 ff. RG. betr. die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897); der Pfandgläubiger das Pfand (§§ 1228 ff. BGB.)[28]), der Konkursverwalter die Gegenstände der Konkursmasse (§§ 117 ff. KO.), der Finder ꝛc. in gewissen Fällen die gefundene Sache (§§ 966, 979 ff. BGB.). Oder der Verkauf ist nothwendig, weil Jemand nicht gezwungen werden kann, in einer ungetheilten Gemeinschaft zu verbleiben und der Gegenstand der Gemeinschaft sich nicht in Natur theilen läßt: so bei der gewöhnlichen und Erbengemeinschaft (§§ 753, 2042 BGB.). Oder die Nothwendigkeit beruht auf der Berechtigung zum Selbsthülfeverkauf: z. B. bei der Hinterlegung zur Schuldbefreiung[29]) (§§ 383, 385 BGB.), dem handelsrechtlichen Selbsthülfeverkauf[30]) u. s. w. Ebenso wird den Verwaltern fremden Vermögens, z. B. Vormündern, Nachlaßverwaltern ꝛc. nicht selten der Verkauf von Gütern, die zu ihrer Verwaltung gehören, zur Pflicht gemacht, oder der Verkauf ergibt sich als nothwendig aus den allgemeinen Obliegenheiten dieser Personen.

a) Für die nothwendigen Verkäufe der letzteren Art gelten zunächst keine besonderen Regeln. Das Motiv ist auch hier gleichgültig. So

25) Keine Partei braucht hier die andere besonders vor Schaden zu behüten; keine ist der anderen zu genauerer Auskunft über die Beschaffenheit der auszutauschenden Gegenstände (z. B. über Mängel der Kaufsache) verpflichtet. Marktschreierische Anpreisungen, die ohne Prätention der Glaubwürdigkeit auftreten, gelten nicht als unerlaubt und machen nicht haftbar ꝛc.

26) Abgesehen von den nach Bd. I §§ 85, 95 ꝛc. direkt verbotenen Handlungen. Gerade soweit diese (z. B. die Wuchervorschriften) nicht zutreffen, greift unser Prinzip ein. So auch Dernburg § 167 Note 10.

27) S. u. das Sachenrecht.

28) S. auch § 371 HGB.

29) S. o. §§ 189 ff.

30) S. §§ 373, 376, 379, 388, 391, 437 HGB.

z. B. wenn der Eigenthümer nach §§ 383, 385 BGB. seine Sache verkauft, oder Miteigenthümer der Gemeinschaftsobjekte zum Zwecke der Theilung. Verkauft ein Vertreter für den wahren Berechtigten, so treten die allgemeinen Stellvertretungsregeln hinzu. Danach kann z. B. ein Vormund ꝛc. die Güter seines Pflegebefohlenen nicht selbst kaufen (§ 181 BGB.)[31]); doch wird der Kauf hier unter Umständen durch gerichtliche Bestellung eines Spezialvertreters ermöglicht[32]).

Wo Jemand aus eigenem Rechte fremde Güter verkaufen darf[33]), z. B. als Gläubiger in der Zwangsvollstreckung oder der Pfandgläubiger das Pfand, ist für den Verkauf regelmäßig ein Verfahren vorgeschrieben: entweder kraft der allgemeinen Regeln der Zwangsvollstreckung (also z. B. Versteigerung[34]) durch das Gericht oder einen Gerichtsvollzieher ꝛc.) oder durch besondere gesetzliche Vorschrift (z. B. §§ 1233 ff., 966 BGB.). In dem Verfahren darf der betreibende Theil regelmäßig selbst kaufen[35]), insbesondere in der Versteigerung mitbieten[36]). Vergl. § 1239 BGB., § 816 Abs. 4 CPO.

Ja wo, wie beim Selbsthülfeverkaufe, unter Umständen der Eigenthümer seine Sache für Rechnung eines Anderen (des Gläubigers) in einem derartigen gesetzlich angeordneten Verfahren verkaufen läßt, kann er sie in diesem sogar selbst wieder ankaufen. Z. B. in den Fällen §§ 383, 385 BGB.[37]).

Nur ein Konkursverwalter kann die Massegegenstände nicht selbst kaufen; mag er sie freihändig[38]) oder in besonderem Verfahren, z. B.

---

31) Gegen Gesetzesumgehung dienen die einschlägigen allgemeinen Bestimmungen und Spezialvorschriften: z. B. § 1795 BGB.

32) Eines Pflegers. — Darin, sowie in der häufig erforderlichen gerichtlichen Genehmigung des Verkaufs liegen genügende Garantieen gegen Mißbrauch.

33) Scil. für Rechnung des Anderen, dem sie gehören.

34) Unter Umständen auch Veräußerung aus freier Hand. S. §§ 821, 825 CPO.

35) Auch wenn Sachen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, freihändig durch einen dazu ermächtigten Handelsmäkler, Auktionator ꝛc. zum laufenden Preis verkauft werden. S. §§ 1221, 1235 Abs. 2 BGB.

36) Grund ist die Garantie gegen Uebervortheilungen, die das gesetzlich geregelte Verfahren bietet. S. dazu dann wieder (als einen besonderen Garantiefaktor) unten lit. b.

37) Der Schuldner kann sich also nunmehr durch Hinterlegung des Preises (als des Erlöses des Selbsthülfeverkaufs: s. o. § 189 Note 46) befreien. — Hiermit steht nicht in Widerspruch, daß der Schuldner die zurückerworbene Sache dem Gläubiger noch selbst leisten und sich auch dadurch befreien kann. Denn das ganze Hinterlegungsverfahren, einschließlich des Selbsthülfeverkaufs, ist nur im Interesse des Schuldners eingeführt, sodaß letzterer auf dessen Rechtswirkungen dem Gläubiger gegenüber bis zum Eintritt des Definitiveffekts (Befreiung durch unwiderrufliche Hinterlegung) verzichten kann.

38) Denn er darf den Vertrag arg. § 181 BGB. nicht mit sich selbst schließen.

durch einen Gerichtsvollzieher, zur Veräußerung bringen. § 457 i. f. BGB.[39]).

b) Eines besonderen Schutzes bedarf es bei nothwendigen Verkäufen schließlich gegenüber den mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs betrauten Personen, weil diese regelmäßig in der Lage sind, auf die Preisbildung einzuwirken[40]) und dadurch die Betheiligten zu schädigen[41]). Dies gilt sowohl bei Veräußerungen im Wege der Zwangsvollstreckung als außerhalb derselben in den Fällen des Verfahrens auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift[42]). §§ 456, 457 BGB. Es gilt sowohl bei Versteigerungen als bei freihändigen Verkäufen, soweit solche gestattet sind[43]). Die den Verkauf leitenden[44]) oder ausführenden Organe[45]), einschließlich der von diesen zugezogenen Gehülfen und Protokollführer[46]) dürfen die zum Verkauf gestellten Gegenstände weder für sich persönlich oder durch einen Anderen noch als Vertreter eines Anderen kaufen.

Doch handelt es sich nur um ein zu Gunsten der genannten Betheiligten erlassenes Verbot. Der im Widerspruch damit geschlossene Kauf ist daher nicht nichtig, sondern von der Zustimmung jener Personen abhängig[47]). Dasselbe gilt von der dinglichen Wirkung des Geschäfts (also der Uebereignung oder sonstigen Uebertragung des verkauften Gegenstandes). § 458[48]). Sind die Betheiligten mehrere Personen, so ist die Zustimmung jedes Einzelnen von ihnen erforderlich. Die Verweigerung der Zustimmung macht das Geschäft nichtig. Kommt das Objekt alsdann zum Wiederverkauf, so hat der erste Käufer auch noch die Kosten desselben und die Differenz des etwaigen Mindererlöses zu ersetzen. Abs. 2.

---

39) So auch Dernburg § 171 zu Note 17.

40) Nicht nur auf das Ergebniß einer Versteigerung, sondern auch auf die Höhe des Markt- oder Börsenkurses.

41) Diese sind vor Allem der Eigenthümer der verkauften Sachen, der Gläubiger oder Schuldner, auf deren Rechnung der Verkauf geht.

42) S. o. vor Note 35, sowie bei Note 37 ff., wo derjenige, auf dessen Rechnung der Verkauf geschieht, das Ergebniß des letzteren gegen sich gelten lassen muß.

43) S. o. Note 34.

44) D. i. vor Allem bei Grundstücksversteigerungen der Subhastationsrichter.

45) Gerichtsvollzieher, öffentlich bestellte Auktionatoren, Handelsmäkler rc.

46) Wegen der Veräußerung durch den Konkursverwalter s. schon oben bei Note 38 ff.

47) S. o. Bd. I § 82. Quellen sind l. 34 § 7, l. 46 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 5 §§ 2—4 Dig. de auct. 26, 8; Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 20; Code Nap. Art. 1596.

48) Dingliche und obligatorische Wirkung fallen also hier nach § 458 BGB. zusammen, was nicht immer der Fall ist (s. o. Bd. I § 80 bei Note 11).

Bis zur Entscheidung der Betheiligten ist das Geschäft in der Schwebe[49]). Der Käufer ist währenddem gebunden. Er kann aber (arg. § 177 Abs. 2) die Betheiligten zur Erklärung über die Genehmigung auffordern mit der Wirkung, daß die Erklärung alsdann an ihn persönlich erfolgen muß[50]). Von dem Empfang der Aufforderung läuft für die Provozirten die bekannte zweiwöchige Antwortsfrist. Wird innerhalb derselben die Genehmigung nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. Die ertheilte Genehmigung wirkt nach allgemeinen Grundsätzen zurück. Durch Zustimmung der Betheiligten wird also das Geschäft vollgültig.

B. Näherer Inhalt des Kaufgeschäfts.

§ 212.

1. Im Allgemeinen.

1. Kaufgegenstand können Güter aller Art sein, sofern sie nur veräußerlich sind[1]). Also Sachen, bewegliche wie unbewegliche, können verkauft werden wenn und soweit sie im Verkehr stehen[2]); auch Bestandtheile und Bruchtheile[3]). Auch Geld nicht weniger als andere Sachen[4]). Ferner Rechte, soweit sie übertragbar sind[5]) oder die Neubegründung des Rechts bei einem Anderen möglich ist[6]), z. B. Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte, dingliche Nutzungsrechte u. dgl. § 433 BGB. Aber der Verkehr erkennt noch andere Vortheile als Güter an, die gekauft und verkauft werden können[7]), z. B. ein Gewerbe- oder Fabrikgeheimniß, eine Kundschaft, die Praxis eines Arztes[8]).

---

49) S. Bd. I § 80 zu Note 36 ff.

50) Etwaige vorher abgegebene anderweitige Erklärungen werden unwirksam. S. o. Bd. I § 106 zu Note 8.

1) Ueber Veräußerungsbeschränkungen s. Bd. I § 85 Note 18 ff., sowie hier oben § 198 Ziff. 2—4.

2) S. o. Bd. I §§ 65 ff. Es gelten die Regeln von der Unmöglichkeit der Leistung. S. o. §§ 145, 166 Ziff. I, 168. Verkauf für den Fall, daß die Sache in den Verkehr kommt, ist gültig. Dieser Kauf ist in der Schwebe. Vgl. u. lit. b.

3) S. o. Bd. I § 59. Eine andere Frage ist, ob der Bestandtheil geliefert werden kann. Andernfalls gelten die Grundsätze der vor. Note.

4) Z. B. ausländisches Geld, Münzen besonderer Art 2c. S. dazu Rießer in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 20 S. 201; Bechmann II S. 153.

5) Dies sind regelmäßig nicht Familienrechte. Noch weniger öffentliche Rechte. Wegen Forderungsrechten s. o. § 198.

6) S. über den konstitutiven Kauf schon oben § 211 Note 17.

7) Inwieweit dies zuläßig ist, bestimmt die Verkehrsauffassung (z. B. nicht über Leben und Freiheit). Die Qualität des Guts als subjektives Recht kann im Uebrigen dahingestellt bleiben. Sähen wir, soweit der Verkehr die entgelt-

Selbstverständlich können auch Sachgesammtheiten und ein Vermögen (als Inbegriff von Sachen und Rechten) verkauft werden[9]), und zwar auch ein Sondervermögen, z. B. ein Geschäft[10]) oder eine angefallene Erbschaft[11]).

a) Fremde Sachen können verkauft werden[12]). Denn häufig ist es möglich, der Verpflichtung zur Lieferung der Sache bis zur vorgesehenen Zeit zu genügen; im Uebrigen ist es Sache des Verkäufers, zu vertreten, wenn er nicht leisten kann[13]). Dagegen kann man seine eigene Sache nicht kaufen, es sei denn, daß der Verlust des Eigenthums droht und der Kauf geschlossen wird, um dem Käufer die Sache zu erhalten[14]). Andernfalls ermangelt dem Geschäft der rechte Inhalt[15]).

b) Selbstredend muß der Kaufgegenstand existiren, widrigenfalls kein Vertrag darüber zu Stande kommt[16]). Doch können künftige Sachen und Güter verkauft werden (z. B. eine künftige Ernte, anzufertigende Sachen[17]) oder zu begründende Rechte). Und zwar entweder so, daß der Kauf nur zu Stande kommen soll, wenn das betreffende Gut wirklich zur Entstehung gelangt resp. geliefert werden

---

liche Abtretung gestattet, in dem Geschäfte keinen Kauf, so wäre es dennoch durchaus nach Analogie des Kaufes zu beurtheilen.

8) S. hierzu Dernburg § 168 Ziff. I; Cosack § 121 Note 2 gegen Bechmann II S. 141. Ueber Verkauf eines Zeitungsunternehmens s. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 176.

9) S. schon oben § 211 Ziff. 3 i. f. Nicht aber zukünftiges Vermögen, die Erbschaft eines Lebenden ꝛc. S. o. § 166 Ziff. II.

10) S. auch oben § 205.

11) Vom Erbschaftskauf (§§ 2371 ff. BGB.) ist im Erbrecht zu handeln.

12) Ebenso das röm. Recht (vgl. l. 18 Dig. de c. e. 18, 1). Ueber die gegentheilige Regel (Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 139, Code Nap. Art. 1599) s. Kohler, Ges. Abhandl. (1883) S. 224 ff.; Bechmann II S. 77, 110.

13) Es gelten die oben §§ 158 ff., 168 ff. besprochenen Regeln. — Verstößt der Verkauf gegen die guten Sitten, so ist er natürlich nichtig. Z. B. beim Verkauf gestohlenen Gutes an den Hehler. Auch kann, wenn man die verkaufte fremde Sache irrthümlich für die eigene hielt, darin ein wesentlicher Irrthum (Bd. I § 94) liegen, der das Geschäft anfechtbar macht. Dernburg § 169 Note 4 u. Cit.

14) Z. B. wenn die Sache aus dem Rechte Dritter versteigert oder sonst zur Zwangsvollstreckung gebracht wird (vgl. § 1239 BGB., § 68 Ziff. 3 RG. über die Zwangsversteigerung, wonach dem Eigenthümer gestattet wird, in der Versteigerung mitzubieten). S. auch den bei Dernburg § 169 Note 6 angeführten Fall, sowie oben § 211 zu Note 37.

15) Liegt die oben erwähnte Voraussetzung vor, so genügt es auch, wenn blos der Besitz der Sache zurückerworben wird (arg. § 433 BGB. a maiori ad minus; vgl. schon l. 34 § 4 Dig. de contr. emt. 18, 1). Z. B. die Sache wird vom Hehler zurückgekauft. — Dagegen ist die Ablösung der Miethe kein Kauf.

16) Auch in dieser Beziehung gelten die Regeln von der Unmöglichkeit der Leistung. Wegen theilweiser Nichtexistenz s. § 168 Note 7.

17) S. hierzu jedoch auch unten § 270.

kann[18]), oder unbedingt: sodaß der Kaufpreis auch dann zu zahlen ist, wenn nichts zur Entstehung kommt. Hier ist eine Gewinnchance gekauft[19]). Man spricht hier auch von einem Hoffnungskauf[20]). Bei beiden Geschäften hat sich regelmäßig der Verkäufer um die Entstehung der in Frage stehenden Gegenstände zu bemühen[21]); im zweiten Falle mindestens die Thätigkeit zn entfalten, welche nach den Umständen und der Verkehrssitte zur Realisirung der Gewinnchance erforderlich ist[22]).

c) Besonders häufig ist der Verkauf von vertretbaren Sachen. Bei diesen ist es regelmäßig ganz gleichgültig, ob sie zur Zeit des Kaufs schon existiren oder sich im Vermögen der einen oder anderen Partei befinden, da es auf die einzelnen Individuen nicht ankommt. Es gelten die Regeln der Gattungsschuld[23]). Auch kann der Kaufgegenstand durch einen Dritten 2c. zu bestimmen sein[24]).

2. Der Kaufpreis muß in Geld festgesetzt sein[25]). Gleichgültig in welcher Art von Gelde[26]); gleichgültig auch, ob neben dem Geldpreis noch andere Leistungen verabredet sind, die nicht in Geld bestehen[27]), sofern nur die Geldleistung die Hauptleistung bleibt.

---

18) Sog. emtio rei speratae. Dieser Kauf enthält eine Rechtsbedingung (s. Bd. I § 101). — Preisbeschränkungen, wie sie das ältere Recht (z. B. RPolO. v. 1577 Tit. 19 § 3: zum jetzigen Marktpreis oder zum Marktpreis 14 Tage nach der Ernte, oder A.LR. I Tit. 11 § 594) enthielt, sind aufgehoben. Es besteht nur die allgemeine Wucherschranke.

19) Sog. emtio spei. Dieser Kauf ist ein aleatorisches Geschäft (s. o. § 167 Ziff. II). Vgl. schon l. 8 § 1 Dig. de c. e. 18, 1. Ebenso Dernburg § 169 Ziff. IV; Enneccerus § 239 II; Oertmann vor § 433 Note 1b. A. M. Bechmann II S. 143; Endemann in Grünhut's Ztschr. Bd. 12 S. 345; Cosack § 122 i. f., welche auch hier nur das zukünftige Objekt als Kaufgegenstand gelten lassen wollen. Darin liegt kein Fortschritt.

20) Ob Hoffnungskauf vorliegt oder die einzelnen künftigen Gegenstände für den Fall ihrer Entstehung gekauft sind, ist Frage der Auslegung des Geschäfts im Einzelfalle.

21) Also z. B. den Acker, auf dem die verkauften Feldfrüchte stehen, ordentlich zu bestellen. Es kann aber auch „ohne Obligo" in dieser Beziehung verkauft sein, z. B. eine Obsternte.

22) Also z. B. wenn ein Fischzug verkauft ist, die Netze in geeigneter Weise auszuwerfen.

23) S. o. § 147. Man spricht hier auch von Gattungskäufen. Vgl. z. B. § 480 BGB.

24) S. o. §§ 146, 153 über die Bestimmtheit der Leistung und Wahlschulden.

25) Arg. § 515 BGB. Da nur hierdurch sich Kauf und Tausch voneinander unterscheiden.

26) S. o. Bd. I § 62. Z. B. auch in ausländischem Geld, Papier- und bloßem Verkehrsgeld. — Eine Nebenverabredung, daß der in Geld festgesetzte Kaufpreis in anderen Werthen, die nicht Geld sind (z. B. Wechseln, anderen Werthpapieren oder durch Uebernahme von Hypothekenschulden auf den Kaufpreis, s. o. § 204), zu entrichten sei, steht selbständig neben dem Kaufgeschäft und berührt dessen Natur nicht. (Sowenig wie, ohne vorherige Verabredung, die Annahme aller dieser Dinge an Erfüllungsstatt 2c.).

27) Z. B. möglicherweise auch Handlungen. So ist sehr wichtig die Ueber-

a) Der Kaufpreis braucht nicht von vornherein ziffermäßig festzustehen. Es genügt, daß er bestimmbar ist[28]). Fehlen besondere Anhaltspunkte, soll aber der Kauf bestehen, so ist regelmäßig anzunehmen, daß zum verkehrsüblichen Preis verkauft ist[29]). Ist der Preis zwischen den Parteien streitig, so wird man die Ungewißheit nach denselben Regeln behandeln müssen. Wenn der Preis auch nach Angebot und Nachfrage schwanken kann[30]), so ist Verkauf zu dem verkehrsüblichen Preis doch derart das Gewöhnliche, daß man auf ihn zurückkommen muß, wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, einen höheren — dem Käufer, einen niedrigeren Preis zu beweisen[31]).

Ist der Marktpreis der Waare als Kaufpreis bestimmt, so soll im Zweifel der Marktpreis des Erfüllungsortes zur Erfüllungszeit entscheidend sein. § 453 BGB. Unter dem Marktpreis verstehen wir den regelmäßigen Durchschnittpreis aus den am Markt zur kritischen Zeit geschlossenen Geschäften über Waaren der betreffenden Art. Derselbe ergibt sich in erster Linie aus den dafür veröffentlichten verkehrsmäßig anerkannten Preisnotirungen[32]). Dawider kann dann jede Partei den Gegenbeweis der Unrichtigkeit, also eines in Wahrheit höheren oder niedrigeren Marktpreises führen[33]).

b) Sind mehrere Gegenstände zusammen verkauft, so insbesondere eine Quantität vertretbarer oder anderer Sachen oder ein Sachinbegriff[34]), so kann der Preis bedungen werden nach der demnächst festzustellenden Zahl, dem Maß oder Gewicht der Gegenstände[35]). Ebenso kann sich

---

nahme persönlicher Verpflegung des Verkäufers (Auszug, Altentheil). Dies ändert die Natur des Kaufes im Allgemeinen nicht. Vgl. hierzu § 507 BGB.

28) Nach den Grundsätzen über die Bestimmbarkeit der Leistung. S. o. § 146. Die röm. Grundsätze über das pretium certum beim Kaufe sind beseitigt. Diejenigen über das pretium verum verstehen sich nach den Regeln über Scheingeschäfte (s. o. Bd. I § 93) von selbst. Ist der Preis nur zum Schein bedungen, so ist nicht Kauf, sondern z. B. Schenkung beabsichtigt.

29) Dieser Preis ist eventuell durch Sachverständige festzustellen. Nicht nur der Werth des Kaufgegenstandes, sondern auch die Konjunktur kommt in Betracht.

30) Die röm. Regeln über das pretium justum inklusive derjenigen über laesio enormis beim Kaufe sind beseitigt. S. auch oben Note 18.

31) Diese Konstruktion hat nicht nur die Logik, sondern auch den Vorzug der materiellen Gerechtigkeit für sich. Zustimmend Dernburg § 170 Note 13, Koffka, Juristenzeitung 1899 S. 173. A. M. bes. Stölzel, Schulung f. d. civ. Praxis I (3. Aufl.) S. 122, 127, 142 aus prozessual-formalistischen Gründen.

32) Sie brauchen nicht von einer amtlichen Stelle auszugehen. — Ueber Börsenpreis s. Börsengesetz v. 22. Juni 1896 §§ 29 ff.

33) Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I S. 589; Dernburg § 170 Ziff. VI.

34) Von Sachen aller Art! Nicht blos ein Waarenlager, sondern auch z. B. alle „eingetroffenen Neuheiten"; alle „liegen gebliebenen Saisonartikel des verflossenen Sommers" u. dgl.; ein Grundstück mit dem „gesammten Inventar".

35) Kauf nach Maß, Zahl oder Gewicht (emtio ad mensuram). S. dazu

bei Grundstückskäufen der Preis nach dem Maß des Grundstücks (also seinem Flächeninhalt) richten. Umgekehrt kann bei allen diesen Dingen der Preis auch ohne Rücksicht auf Zahl und Quantität ꝛc. bestimmt sein. Hier spricht man von Kauf in Pausch und Bogen. Dieser Kauf hat etwas aleatorisches[36]). Der festgesetzte Preis ist zu zahlen ohne Rücksicht darauf, wieviel der Käufer erhält und von welcher Beschaffenheit es ist. Der Käufer trägt also die Gefahr der Quantität und Qualität der Waare, wenn auch nicht des Kaufes überhaupt[37]). Auch ist die Frage, was zum Kaufgegenstande gehört, durchaus nach den allgemeinen Regeln zu beantworten[38]).

c) Unter Umständen sind Zuschläge zum Preise zu entrichten z. B. für Verpackung der Waare, Kommission und Stempel. Andererseits hat der Käufer auch oft ein festes Recht auf Rabatt oder Skonto, entweder in Prozenten des Kaufpreises oder in der Form einer unentgeltlichen Zugabe zur Waare, wenn diese nach Maß, Zahl oder Gewicht bezahlt wird[39]). Ueber alle diese Punkte entscheiden mangels besonderer Verabredung die Regeln am Erfüllungsorte des Verkäufers.

3. Die Einigung der Parteien braucht sich grundsätzlich nur auf Waare und Preis im obigen Sinne zu beziehen[40]). Damit ist der Kauf abgeschlossen. Doch können sich die Parteien selbstverständlich den Abschluß auch noch bis zur erzielten Einigung über zahlreiche andere Punkte vorbehalten[41]). Keine derartigen Nebenabreden sind aber einseitige, z. B. in der Rechnung oder den der Waare beigefügten Begleitschreiben enthaltene Klauseln. Diese darf der Käufer regelmäßig ignoriren. Sie sind nicht Vertragsinhalt[42]). Anders verhält es sich

noch § 380 HGB. Dann ist nicht mehr zu zahlen, als die demnächstige Feststellung ergibt.

36) Wie der Hoffnungskauf (s. o. Note 19), wenn auch nicht in demselben Maße.

37) Wenn der Käufer nach Lage der Sache gar nichts erhalten würde, also z. B. der ganze Vorrath vor der Ablieferung untergegangen ist, braucht Käufer nichts zu zahlen. S. noch unten § 213 über die Gefahrtragung beim Kaufe.

38) Z. B. darüber, was unter einem Grundstück mit Zubehör, oder mit Allem, was sich darauf befindet, — unter den letzten Neuheiten ꝛc. zu verstehen ist. Es entscheidet die Auslegung (nach den Regeln der Verkehrssitte). Regelmäßig sind nur die zur Zeit des Kaufs wirklich vorhandenen Objekte zu liefern, soweit sie nicht schon anderweit verkauft waren.

39) S. über das sog. Gutgewicht, das nicht blos bei Handelskäufen vorkommt, § 380 Abs. 2 HGB.

40) S. o. § 211 Ziff. 3c.

41) Darüber gelten die Regeln Bd. I § 90. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 330.

42) Doch gibt es einzelne Ausnahmen. S. Hanausek, Fakturen u. Fakturenklauseln (1891); Dernburg § 171 Ziff. II.

mit Anschlägen (namentlich über Massenkontrakte), die im Verkaufslokal sichtbar angebracht waren, oder dem Inhalt eines schriftlichen Vertragsformulars, welches nach stattgefundener mündlicher Vereinbarung dem anderen Theil zur Unterschrift vorgelegt wurde. Stillschweigen hierauf würde als Zustimmung gedeutet werden müssen[43]).

a) Wichtige Nebenbestimmungen beziehen sich auf Zeit und Ort der Ablieferung der Waare und des Preises.

α. Das Gewöhnliche ist, daß seitens beider Parteien sofort (und zwar Zug um Zug) zu leisten ist[44]). Hier spricht man von Baarkauf[45]). Es kann aber auch sein, daß der Verkäufer sofort, der Käufer erst zu einem bestimmten späteren Termin leisten soll (Kreditkauf)[46]), oder umgekehrt, daß der Kaufpreis vor Lieferung der Waare einzuzahlen sei[47]). Endlich können die beiderseitigen Leistungen erst zu einer bestimmten späteren Zeit vorgesehen sein. Hier sowie überhaupt, wenn der Kaufgegenstand erst zu einem bestimmten Termin oder binnen gewisser Frist zu liefern ist, spricht man von Zeitkäufen. Sie spielen im Handel, namentlich dem Börsenhandel, eine große Rolle[48]).

β. Käufer und Verkäufer haben regelmäßig jeder an dem für seine Leistung gewöhnlichen Orte — also vor Allem an ihrem respektiven Wohn- oder Geschäftssitz — zu leisten, unbeschadet der Uebermittelungspflicht des Geldpreises an den Wohn- oder Geschäftssitz des Verkäufers[49]). Die Parteivereinbarung kann an Stelle dieses gewöhnlichen einen besonderen Erfüllungsort setzen, z. B. einen gemeinsamen für beide Parteien. Jedenfalls ist dann die Waare vom Verkäufer[50]) an den festgesetzten Erfüllungsort zu bringen, und steht bis dahin auf seine Gefahr und Kosten. Die Leistung ist erst mit Ablieferung am festgesetzten Orte vollendet[51]).

---

43) Nach Bd. I § 86 Ziff. 3. Vgl. auch die Beispiele Entsch. d. ROHG. Bd. 17 S. 228, Bd. 19 S. 122 ff. Bei Unterzeichnung von Vertragsformularen kommt § 154 Abs. 2 BGB. (s. Bd. I § 90 Note 4 ff.) in Betracht.

44) Dies entspricht den Regeln oben §§ 156, 168 ff. Vgl. dazu Dernburg § 173 Note 5.

45) Im Handelsrecht von Kassageschäften.

46) Oft ratenweise. S. u. § 229 III über die Abzahlungsgeschäfte.

47) Dies ist verhältnißmäßig selten. Kauf gegen Einsendung des Betrages, Pränumerationskauf!

48) Als sog. Termingeschäfte. S. dazu Adler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 132; Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte (1899); Dernburg § 173 Ziff. II. Vgl. §§ 48 ff. BörsenG. v. 22. Juni 1896. — Ueber die Ausartung in Differenzgeschäfte s. u. § 290.

49) Soweit der Preis in Geld besteht. S. §§ 269, 270 BGB. u. oben § 155 über die Lehre vom Erfüllungsorte.

50) Der Käufer muß das Geld regelmäßig so wie so übermitteln (s. o.), und über Gefahr und Kosten bestimmt hier das Gesetz.

Aus dem Umstand allein, daß der Verkäufer die Versendungskosten des Kaufgegenstandes übernommen hat, ist dagegen nicht umgekehrt zu schließen, daß er am Bestimmungsort leisten wolle[52]). Die Kostenübernahme schließt noch nicht die Uebernahme der Gefahr 2c. für die Zusendung in sich[53]). Vielmehr wird dem gewöhnlichen Kaufinhalt häufig nur eine Versendungsklausel beigefügt[54]). Hier reden wir von Distanz- oder Versendungskauf. Der Erfüllungsort bleibt unverändert (z. B. am Wohnort des Verkäufers), aber der gekaufte Gegenstand ist dem Käufer nach dessen näherer Anweisung zuzuschicken[55]). Weicht der Verkäufer ohne Grund von der ertheilten Anweisung ab, so ist er dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[56]). § 447 Abs. 2 BGB.[57]).

b) Der Kauf kann unter Bedingung abgeschlossen werden[58]), sowohl unter einer aufschiebenden wie unter einer auflösenden[59]). Ein besonderes bedingtes Kaufgeschäft ist der Kauf auf Probe[60]). Dagegen enthält ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht vom Kaufe keine Bedingung[61]); und eigenartiger Natur sind auch die Klauseln des Vorkaufs und Wiederkaufs, die unten besprochen werden sollen[62]).

Eine Bedingung, und zwar eine aufschiebende, enthält im Zweifel

---

51) Der Käufer kann auf Erfüllung an diesem Orte aus dem Kaufgeschäft klagen. S. § 29 CPO.

52) S. § 269 Abs. 3 BGB. u. oben § 155 Ziff. I i. f. — Im Uebrigen handelt es sich um richtige Auslegung des Geschäfts.

53) Ueber die Gefahrtragung bestehen besondere gesetzliche Regeln (s. u. § 213). Uebernimmt aber auch der Verkäufer die Transportgefahr, so folgt daraus noch nicht die Verabredung eines besonderen Erfüllungsortes. Denn eine derartige Absicht erscheint keineswegs als das Gewöhnliche.

54) Also die Klausel der Versendung der Waaren an einen besonderen Bestimmungsort. S. o. § 155 zu Note 22. Daß es sich um eine andere politische Gemeinde handele, wird nicht erfordert. Es gibt auch „Stadtsendungen".

55) Selbstverständlich ist bei Auswahl und Instruktion der Transportperson die erforderliche Sorgfalt anzuwenden. — Bei Beobachtung der „Anweisungen" des Käufers handelt es sich um etwas Besonderes: Art und Weise, Zeitpunkt der Versendung 2c. Uebrigens hat das Maß der Anweisungen seine Grenze. Kontraktwidrige oder den Verkäufer zu sehr belastende Anweisungen darf letzterer außer Acht lassen.

56) § 665 BGB. wird ergänzend in Betracht zu ziehen sein.

57) Die Gefahrtragung bleibt auch hier unverändert. S. u. § 213.

58) Eine Bedingung enthält schon unter Umständen die vorbehaltene Bestimmung des Preises, insbesondere durch Dritte, sofern sie nicht nach billigem Ermessen erfolgen soll. S. o. Note 28 u. Cit. Bechmann I S. 344 ff., 354.

59) Es gelten die oben Bd. I §§ 97 ff. gegebenen Regeln.

60) S. Bd. I § 97 zu Note 10 u. unten § 226. Der Kauf nach Probe (§ 225) ist unbedingt.

61) S. o. § 174 bes. Ziff. 3. Ein solches Rücktrittsrecht kann bei allen Verträgen vorkommen. Es hat die röm. Bestimmungen über die lex commissoria, in diem addictio etc. beim Kaufe absorbirt.

62) S. §§ 227, 228.

die bei Verkäufen von beweglichen Sachen nicht seltene Klausel, daß der Verkäufer sich das Eigenthum der Kaufsache bis zur erfolgten vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalte[63]). Indessen trifft diese Bedingung nicht das Kaufgeschäft, sondern nur die auf Grund desselben erfolgte Uebertragung des Eigenthums[64]). Für das Kaufgeschäft wirkt die Klausel nur als ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht vom Vertrage, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt[65]). § 455 BGB. Die dingliche und obligatorische Wirkung der Klausel stimmt also nicht überein. Die Bedingung des Eigenthumsübergangs ist vereitelt mit nicht vollständiger Preiszahlung zur Zeit da sie erfolgen soll[66]). Vom Kaufgeschäft dagegen kann erst bei Verzug[67]) des Käufers in der Preiszahlung und auf Grund einer Rücktrittserklärung des Verkäufers[68]) abgegangen werden. Dies erklärt sich aus dem hauptsächlichen Sicherungszweck der Vorschrift. Die dingliche Wirkung (Eigenthumsvorbehalt) ist wichtiger, als die Auflösung des Kaufgeschäfts. Es kann also der Verkäufer, ohne vom Kaufe abzugehen, die übergebene Sache zurückfordern[69]), ohne deshalb die empfangenen Abschlagszahlungen zurückgeben zu müssen[70]). Nur zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verkäufers darf diese Be-

---

63) Sog. pactum reservati dominii. Vgl. dazu Thorsch, Das p. res. dom. (1875); Wendt, Reurecht u. Gebundenheit II (1879) S. 25 ff., Leist, Sicherung von Forderungen (1889) S. 44, 52. S. auch Prot. II S. 79—81.

64) Es ist vorauszusetzen, daß die Sache bereits übergeben wurde. Die Uebergabe ist alsdann Besitzesübergabe (zum zwischenzeitlichen Gebrauch &c.); die Eigenthumsübertragung ist nach § 455 BGB. aufschiebend bedingt. — Doch handelt es sich nur um eine Auslegungsregel. Es ist den Parteien unbenommen, entweder die Eigenthumstradition vollständig auszuschließen (sie nicht einmal bedingt vorzunehmen), so wie dies bei Immobilien die Regel bildet (s. u.), oder sie auch resolutiv bedingt zu vollziehen.

65) Also nicht als Bedingung (s. o. Note 61). Doch gilt auch dies nur im Zweifel. Also es kann auch für das Kaufgeschäft Bedingung gewollt sein, aufschiebende oder auflösende, — vom bloßen Ausbleiben der Zahlung (nicht von Verzug) abhängige &c.

66) Auch beim nicht pünktlichen Eingang von Abschlagszahlungen.

67) S. über die Voraussetzungen oben § 161.

68) S. § 349 BGB. — Abwendung der Befugniß, z. B. nach § 357 BGB., sowie dadurch, daß der Verzug vor Ausübung des Rücktrittsrechts beseitigt wird (oben § 165).

69) Kraft seines Eigenthumsrechts zu seiner Sicherung (nach §§ 985 ff. BGB.). Der Käufer kann keinen Einwand aus § 986 Abs. 1 S. 1 erheben, da die Tradition bedingt war, die Bedingung ausgefallen ist und der Verkäufer auf Grund des Kaufgeschäfts nur zur bedingten Eigenthumsverschaffung und Uebergabe verpflichtet war. — Ebensowenig kann Käufer die Sache nach § 273 BGB. zurückbehalten, denn er hat, bis der Rücktritt vom Kaufgeschäft erfolgt, kein Recht auf Rückgabe der Abschlagszahlungen. S. auch Oertmann § 455 Note 1. — Besondere Vereinbarungen der Parteien können das Resultat modifiziren.

70) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 150 ff.

fugniß nicht führen[71]). Auch kann der Eigenthumsvorbehalt aus sachenrechtlichen Gründen seine Kraft verlieren[72]). Das Rücktrittsrecht vom Kaufe erledigt sich dann nach §§ 351—353 BGB. bezw. durch den Wegfall des Sicherungszwecks.

Auf Grundstückskäufe ist die Vorschrift des § 455 nicht anwendbar. Der Verkäufer kann sich hier ausbedingen, daß das Grundstück zwar übergeben, aber bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht aufgelassen werden solle[73]). Der Kauf, als Titel der demnächstigen Auflassung, kann schon im Grundbuche durch Vormerkung verlautbart werden[74]). § 883. Auch kann der Verkäufer sofort auflassen und sich den Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks im Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises durch Vormerkung sichern lassen.

§ 213.

2. Gefahrtragung *.

Der Kauf ist gegenseitiger Vertrag. Leistung und Gegenleistung stehen also in dem oben § 168 geschilderten Abhängigkeitsverhältniß zueinander. Daraus würde folgen, daß wenn die Leistung des Kaufgegenstandes dem Verkäufer aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande ganz oder theilweise unmöglich wird[1]), auch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises (entsprechend) hinwegfällt. Arg. § 323 BGB. Es würde also keine Partei die Gefahr tragen[2]).

---

71) S. auch Dernburg § 171 Note 13.

72) Z. B. durch Untergang der Sache, Verarbeitung, Einfügung als wesentlicher Bestandtheil in eine andere Sache ꝛc. S. o. Bd. I § 59 I Ziff. 2, sowie das Sachenrecht.

73) Eine bedingte Auflassung ist unzulässig. § 925 BGB.

74) Damit der Verkäufer nicht in der Lage ist, inzwischen das Grundstück einem Dritten zu übereignen. — Aus dem Kaufe hat der Käufer nach § 433 einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigenthums am Grundstück, den er nach § 883 BGB. durch Vormerkung sichern lassen kann.

*) Vgl. hierzu Martinius im Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 50. Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 255, Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung S. 59 ff. Die gemeinrechtliche Litteratur ist gemäß dem oben § 168 Note 14 Gesagten nicht mehr maßgebend.

1) Weil das Kaufobjekt ganz oder theilweise untergeht oder verschlechtert wird.

2) Man darf dies nicht (mit Enneccerus § 241 Ziff. III u. A.) so ausdrücken, als trage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch prinzipiell der Verkäufer die Gefahr! Denn „Gefahrtragung“ heißt, die eigene Leistung machen zu müssen, während man die Gegenleistung nicht erhält. Der Verkäufer aber, dem die Kaufsache ꝛc. zu Grunde gegangen ist, leistet selbst nicht. Der Verlust, den er durch den Untergang der Sache erleidet, trifft ihn als Eigenthümer der Sache ꝛc., nicht als Verkäufer. Das periculum rei ist aber, wie schon hervorgehoben (§ 168 Note 13), von unserer Erörterung ganz auszuschließen. Aller-

Dabei versteht man unter dem Untergang des Kaufobjekts nicht blos die physische Vernichtung, sondern der Begriff ist im wirthschaftlichen Sinne zu nehmen. Nach Verkehrsgrundsätzen ist z. B. das verkaufte Hausgrundstück auch dann untergegangen, wenn das Haus abbrennt[3]), eine Statue, wenn sie zerbrochen ist. Dagegen ist Verschlechterung nicht schon jede Verminderung einer vortheilhaften Eigenschaft; namentlich dann nicht, wenn die Parteien sie nicht kannten oder nicht beachteten, also auch die Höhe des Preises davon nicht abhängig machten[4]). Alles in der Welt ist im Lauf der Zeit Veränderungen ausgesetzt. Eine Verschlechterung in unserem Sinne beginnt erst, wenn sie wirthschaftlich für das Kaufgeschäft besonders fühlbar wird.

Immerhin ist das gewöhnliche Prinzip der gegenseitigen Verträge, wonach beim Untergang des Kaufgegenstandes regelmäßig gar nichts, bei Verschlechterung nur ein entsprechend geringerer Preis zu zahlen wäre, in dieser Allgemeinheit nicht ausreichend. Fast alle Rechte haben für den Kauf besondere Regeln aufgestellt[5]), und auch unser Gesetz kann solche nicht entbehren. Selbstredend sind diese Regeln nur dis-

---

dings haben manche Gesetze das periculum rei und das periculum obligationis beim Kaufe Hand in Hand gehen lassen (so der Code Nap. Art. 1138) oder gar das eine auf dem anderen aufgebaut (so das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 95); aber dennoch waren beide Begriffe auch dort auseinander zu halten und ihre Normirung ging in manchen Beziehungen auseinander. Auch heute trifft dies (trotz der §§ 446, 925, 929 BGB.) immer noch zu.

3) Es kommt darauf an, ob wirthschaftlich das Haus für den Kauf als die Hauptsache erschien (es gilt nicht der dingliche Gesichtspunkt der §§ 94, 905 BGB.). Im Sprachgebrauch des Lebens unterscheidet man deutlich, ob das „Haus" gekauft ist oder ein „Gut" ꝛc.

4) Z. B. wenn die Obstbäume im Garten des verkauften „Hauses" (s. vor. Note) in einer Nacht vom Sturme niedergebrochen werden oder erfrieren.

5) Das röm. Recht ließ den Käufer am frühesten die Gefahr tragen (periculum est emtoris). Zwar nicht sofort mit Abschluß des Vertrages, sondern in einem Zeitpunkt, den man als Perfektion des Kaufes bezeichnete (s. l. 8 pr. Dig. de peric. 18, 6). Dazu gehörte, neben der Willensübereinstimmung der Parteien über die wesentlichen Punkte, unbedingte Berechtigung des Käufers und individuelle Bestimmtheit der Waare (Konzentration auf ein bestimmtes Sachindividuum). „Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit .... et pure venit, perfecta est emtio". Vgl. Hofmann, Periculum beim Kaufe (1870). Die Perfektion ist heute noch nicht vollkommen gleichgültig. Siehe Bd. I § 100 Note 5 u. unten Ziff. 3.

Das deutsche Recht knüpfte im Allgemeinen die Gefahrtragung des Käufers erst an die Uebergabe der Sache an. Doch ließ sich dieser Grundsatz beim Versendungskaufe nicht durchführen. Man mußte also die Gefahrtragung hier wieder früher (mit der Absendung) beginnen lassen. Bei Grundstücken ward sie vielfach an die Auflassung angeknüpft. Dies ging in einzelne Partikularrechte, so insbesondere auch in das preuß. Recht, und größtentheils in das Bürgerliche Gesetzbuch über. Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 231 Ziff. 6 u. Cit.

positiv; den Parteien ist unbenommen, die Gefahrtragung abweichend zu bestimmen[6]). Die gesetzlichen Regeln müssen mit der Veräußerungsnatur des Kaufs und mit den verschiedenen Möglichkeiten seines Vollzugs (also der Erfüllung) rechnen.

Hiernach gilt im Einzelnen:

1. Der Käufer hat regelmäßig nur zu leisten, wenn auch der Verkäufer ordnungsmäßig leistet: also, da die Verpflichtung des Verkäufers (§ 433) auf Uebergabe und Eigenthumsverschaffung an der gekauften Sache gerichtet ist, prinzipiell nur gegen die Bewirkung beider.

a) Dies ist einfach, wo Uebergabe und Eigenthumsverschaffung zusammenfallen (die eine durch die andere bewirkt wird), also bei beweglichen Sachen (arg. §§ 929ff. BGB.). Daher geht hier die Gefahr erst mit der Uebergabe der verkauften Sache zu Eigenthum auf den Käufer über. § 446 Abs. 1 S. 1 BGB.[7]). Dabei ist unter Uebergabe nicht blos die unmittelbare Besitzübertragung zum Zweck der Uebereignung zu verstehen, sondern sämmtliche Akte, welche dem letzteren Zwecke dienen oder im Sinne der §§ 929ff. die Uebergabe ersetzen[8]), also die Uebergabe kurzerhand[9]), das sog. Besitzkonstitut[10]) und (falls ein Dritter im Besitz der Sache ist) die Abtretung des Herausgabeanspruchs wider den Dritten[11]).

Die Hinausschiebung der Gefahrtragung des Käufers bis zur Uebergabe würde jedoch beim Versendungskauf[12]) zu einer unbilligen Belastung des Verkäufers führen. Derselbe hätte die Gefahr des ganzen Transports zu tragen (also über den Erfüllungsort hinaus), weil zufällig der Käufer dort nicht wohnt oder nicht annehmen will[13]). Daher geht bei verlangter Versendung[14]) des Kaufobjekts nach einem

6) In der bloßen Uebernahme der Transportkosten beim Versendungskauf liegt eine solche anderweitige Bestimmung der Gefahrtragung noch nicht. S. o. § 212 zu Note 53. S. auch Unger in Jhering's Jahrb. Bd. 33 S. 344.

7) Also nach der Uebergabe muß er den vollen Kaufpreis zahlen, wenn auch die Sache untergeht oder zufällig verschlechtert wird (s. o.).

8) Denn da diese Akte dem Käufer das Eigenthum also das periculum rei geben, so ist unmöglich anzunehmen, daß er nicht auch das periculum obligationis trage. Dieses kann vernünftigerweise (als das Mindere) nicht später eintreten als die volle Eigenthumsgefahr. Dies wäre auch geschichtlich ohne Beispiel. A. M. Emerich S. 35, 44.

9) Traditio brevi manu, § 929 Satz 2 BGB.; Titze S. 257; Kisch S. 62.

10) Constitutum possessorium. § 930 BGB.

11) § 931 BGB.

12) S. o. § 212 zu Note 54ff. Titze S. 260, Kisch S. 64.

13) Der Verkäufer müßte, um diesen Nachtheil auszugleichen, seine Preise 2c. für jeden Ort besonders stellen, was praktisch zu den größten Unzuträglichkeiten führen würde.

14) Nicht wenn der Verkäufer ohne Weiteres die Waare verschickt. Dadurch kann er dem Käufer nicht einseitig die Gefahr aufbürden. Aber das Verlangen

anderen als dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Erfüllungsorte die Gefahr schon in dem Augenblicke auf den Käufer über, da die Sache vom Verkäufer dem Frachtführer[15]), Spediteur[16]) oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Transportperson[17]) oder Transportanstalt ausgeliefert worden ist. § 447 Abs. 1. Vom Augenblicke der Auslieferung[18]) trägt also der Käufer die Gefahr, trotzdem er damit weder Besitz noch Eigenthum der Kaufsache erlangt hat[19]). Selbstredend treffen ihn nur solche Schäden, die ohne Verschulden des Verkäufers[20]) eingetreten sind.

b) Beim Verkauf von Grundstücken fallen körperliche Uebergabe und Eigenthumsverschaffung nach heutigem Recht vollkommen auseinander. Mit der Uebergabe erlangt der Grundstückskäufer nur den Besitz des Grundstücks (§ 854); das Eigenthum erlangt er durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 925 BGB.). Auch hier konnte die Gefahrtragung des Käufers nicht bis zur Erfüllung dieser sämmtlichen Verpflichtungen aufgeschoben werden[21]); vielmehr soll die Erfüllung einer einzelnen genügen, gleichviel welche zuerst erfolgt.

Die Gefahrtragung des Käufers beginnt also hier:

α. Wie bei Mobilien mit der Uebergabe[22]). § 446 Abs. 1.

---

des Käufers kann sich aus den Umständen, z. B. einer regelmäßigen Geschäftsverbindung, ergeben. — Umgekehrt kann Verkäufer das Verlangen der Versendung ablehnen, da er mit Leistung am Erfüllungsort seine kontraktmäßigen Pflichten erfüllt.

15) S. u. § 264 Ziff. 4.

16) S. a. a. O. und §§ 407 ff. HGB.

17) Dies können auch die Leute des Verkäufers, Laufburschen u. s. w. sein.

18) Was dazu gehört, beurtheilt sich nach den Umständen und der Verkehrssitte. Das Weggehen der Leute ist nicht stets zu fordern. Oft setzen sie die Sachen nach der Uebernahme zum Transport noch einmal im Hausflur oder sonstwo nieder. Der Absender kann ihnen da nicht nachlaufen.

19) Vielfach wird angenommen, daß die Transportperson, welche die Sache am Erfüllungsorte zur Versendung übernimmt, dabei als Vertreter des Käufers erscheine, sodaß die Uebergabe dadurch gewissermaßen schon am Erfüllungsort erfolgt sei. Dies ist nur eine wirthschaftliche Erklärung des Vorgangs.

20) Also z. B. nicht solche aus Mängeln der Verpackung ꝛc. Für sie haftet der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen. Es handelt sich dabei nicht um Gefahr. § 446 verlangt zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung. Ebenso ist der Verkäufer für die in § 447 Abs. 2 hervorgehobenen Unregelmäßigkeiten verantwortlich. S. o. § 212 zu Note 55. — Beim Gattungskauf gelten entsprechende Grundsätze. S. Kisch S. 65, Titze S. 260 ff.

21) Obschon sie hier (im Gegensatze zum Versendungskauf) sämmtlich dem Verkäufer obliegen.

22) Auch hier fallen also (wie bei Note 19) das periculum rei und obligationis vollständig auseinander. Der Käufer ist noch nicht Eigenthümer und trägt die Gefahr. Hinsichtlich des Begriffs der Uebergabe gelten entsprechend die Regeln lit. a.

β. Oder, falls die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, sobald der Käufer des Grundstücks auf Grund der Auflassung als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen worden ist[23]). § 446 Abs. 2 BGB.

γ. Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks geht die Gefahr sogar schon vor der Uebergabe und Eintragung des Erstehers im Grundbuche mit dem Zuschlag[24]) an denselben über (in Ansehung der übrigen Gegenstände mit Schluß der Versteigerung).

c) Schließlich werden die hier für den Verkauf von Mobilien und Immobilien ausgeführten Grundsätze auch auf den Verkauf von Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen übertragen, die zu deren Besitz berechtigen[25]). § 451. Denn hier tritt mit Entwerthung der Sache auch eine entsprechende Entwerthung des Rechtes ein, das an der Sache besteht. Auch geht die Pflicht des Verkäufers[26]) hier neben der Verschaffung des Rechts auf Uebergabe der betreffenden Sache an den Käufer. Demgemäß trägt letzterer regelmäßig bei Rechten an beweglichen Sachen die Gefahr mit deren Uebergabe, resp., wenn sie ihm zu übersenden sind, mit der Absendung; bei Rechten an einem Grundstück mit der Uebergabe resp. der etwa früheren Eintragung des Käufers mit seinem Recht im Grundbuch.

Bei anderen Rechten bewendet es bei dem allgemeinen Grundsatz des § 323 BGB.[27]).

2. Nach diesen Grundsätzen ist möglich, daß Jemand dieselbe Sache zweimal an verschiedene Personen verkauft mit dem Erfolg, daß beide die Gefahr tragen[28]). Doch folgt daraus keineswegs, daß beide Käufer den Preis zu zahlen hätten. Denn in dem Doppelverkauf liegt ein grober Verstoß gegen Redlichkeit und

23) Hier muß der Eintritt des periculum rei, wie oben bei Note 8, das periculum obligationis mit sich fortreißen. Der Käufer trägt jetzt das eine wie das andere.

24) S. darüber §§ 56, 89, 104 RG. betr. die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897.

25) Z. B. Nießbrauch an beweglichen und unbeweglichen Sachen, Grunddienstbarkeiten, Bergwerksgerechtigkeiten u. dgl.

26) Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB.

27) S. auch Oertmann § 446 Note 6. Ferner oben § 144 zu Note 20. — Es ist Frage der Auslegung im Einzelfalle, ob die dem Verkäufer obliegende Leistung ganz oder theilweise unmöglich geworden ist. Z. B. bei Entwerthung von Aktien. S. dazu noch §§ 437 ff. BGB. u. unten § 218 Ziff. 2.

28) Z. B. er läßt das verkaufte Grundstück dem Einen auf und übergibt es dem Anderen. Oder er übergibt die Sache dem Einen durch Besitzkonstitut, dem Anderen körperlich. Oder er übergibt sie körperlich 2 Mal hintereinander (indem die Sache etwa dem ersten Käufer gestohlen wird oder das übergebene Thier dem Verkäufer wieder zuläuft).

Treue[29]); — mindestens war Verkäufer von Anfang an außer Stande, beiden Käufern zu übergeben und zu übereignen (§ 433). Wem er beides nicht leisten kann, gegen den kann er überhaupt den Kaufpreis nicht beitreiben[30]). Doch muß derjenige Käufer, welcher sich das Fehlende ohne besonderes Entgelt hinzuverschaffen kann, so behandelt werden, als hätte er es vom Verkäufer erlangt. Wer das Erlangte doch herausgeben muß, ist so zu behandeln, als hätte er gar nichts erhalten (er ist also frei)[31]). Danach hat bei Grundstücksverkäufen derjenige zu zahlen, dem aufgelassen wurde; bei Kauf beweglicher Sachen derjenige, der die Sache erhalten hätte, wenn sie nicht untergegangen wäre, oder der sie (bei bloßer Verschlechterung) wirklich erhält[32]). — Liegt Betrug des Verkäufers vor, so wird er nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig[33]), was seine Ansprüche aus dem Kauf bei weitem übersteigen resp. die letzteren ausschließen kann[34]).

3. Für besondere Fälle ist noch Folgendes zu bemerken:

a) War die Kaufsache übergeben, aber der Kauf selbst aufschiebend bedingt[35]), so geht die Gefahr des (vollständigen oder theilweisen) Untergangs der Sache keinesfalls vor Eintritt der Bedingung auf den Käufer über. Vorher ist das Geschäft noch in der Schwebe[36]). Sobald aber definitiv feststeht, daß es beim Kaufe

---

29) Die Berufung auf die guten Sitten (Dernburg § 174 Note 9) ist nicht durchschlagend. Der zweite Kauf ist nicht nichtig.

30) Der Käufer, dem nicht Besitz und Eigenthum verschafft wird, kann sich regelmäßig nach §§ 320, 325 BGB. der Zahlung weigern.

31) Der Fall kann nicht anders behandelt werden als bei der Gewährleistung wegen Mängel im Rechte. S. u. § 219.

32) Wer dies ist, hängt von den Umständen ab. Es entscheidet nicht blos die Priorität der Uebereignung (in jeder der möglichen Formen, s. o. Note 8 ff.), sondern auch die Grundsätze des Eigenthumserwerbs a non domino. §§ 932 ff. BGB. Denn nachdem einmal übereignet war, ist der Verkäufer Nichteigenthümer. Wer bei doppelter Uebergabe Eigenthümer wird, ist im Sachenrecht zu erörtern: dem anderen Käufer hat der Tradent nicht erfüllt. Mag es der erste oder zweite Kauf sein, der hiernach erfüllt wird, in keinem Falle kann sich der Verkäufer auf denjenigen Kaufvertrag berufen, den er zu erfüllen sich selbst außer Stande gesetzt hat. Vgl. hierzu in diversem Sinne Martinius a. a. O. S. 72 ff., Cosack § 125 Ziff. VI, Emerich S. 45 lit. β, Kisch S. 62 ff., Planck § 446 Note 2b, Oertmann eod. Note 5c u. A.

33) S. bereits l. 30 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 21 pr. Dig. de evict. 21, 2. Der Betrug kann heutzutage nach §§ 823 ff. BGB. wirken.

34) Ueber den Fall, daß die untergegangene Sache versichert ist, s. Titze S. 263 ff. u. Cit.

35) Der Kauf mit Vorbehalt des Eigenthums ist nach § 212 Ziff. 3b nicht bedingt, sondern enthält ein Rücktrittsrecht des Verkäufers.

36) S. o. Bd. I § 99. Vgl. zum Folgenden auch Titze S. 258 ff., Kisch S. 66 ff.

bleibt, findet das Geschäft seinen Gegenstand nicht mehr vor[37]). Bei bloßer **Verschlechterung** läßt sich dies nicht sagen. Nach Ziff. 1 ist die Gefahr übergegangen[38]). Dagegen ist die **auflösende Bedingung** ihrem Wesen nach als eine aufschiebende hinsichtlich der Rückauflösung des Geschäftes zu behandeln; schließt also den Gefahrübergang auf den Käufer nicht aus[39]).

b) Ist ein **Sachinbegriff** oder ein ganzes **Vermögen** (z. B. eine Erbschaft) verkauft[40]), so ist Kaufgegenstand in erster Linie **die Gesammtheit, nicht die einzelnen Stücke.** Es trägt daher der Käufer schon vom Kaufabschluß[41]) die Gefahr einer Verminderung der Masse[42]). Dagegen trifft ihn der totale Untergang (nach Ziff. 1) erst von der Uebergabe. Vgl. § 2380 BGB.

c) Geräth der Käufer in **Annahmeverzug**, so trägt er sofort die Gefahr (also schon vor der Uebergabe). §§ 300, 324 Abs. 2 BGB.

d) Bei **Gattungskäufen** und dem **wahlweisen Kauf** mehrerer Gegenstände s. die allgemeinen Ausführungen über Gattungs-[43]) und Wahlschulden[44]).

§ 214.

3. Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes.

1. **Das Korrelat der Gefahrtragung ist der Bezug der Nutzungen des Kaufgegenstandes**[1]). Diese gebühren also dem Käufer von der Uebergabe (§ 446 Abs. 1); in den besonderen Fällen, in denen die Gefahr schon früher (mit Annahmeverzug, Eintragung des Käufers im Grundbuch) übergeht, von diesem Zeitpunkte an — beim Versendungskaufe jedoch regelmäßig erst von der Uebergabe am Bestimmungsorte ab[2]).

---

37) S. Bd. I § 100 Text u. Note 13. Oertmann § 446 Ziff. 5a. Theilweise a. M. Cosack § 122 II Ziff. 10 u. dazu Dernburg § 174 Note 14.

38) Diese Lösung entspricht dem röm. Recht. L. 8 pr., l. 10 pr. Dig. de peric. 18, 6; l. 10 § 5 Dig. de iure dot. 23, 3. Auch Dernburg § 174 Ziff. V scheint diese Meinung zu theileu.

39) A. M. Cosack a. a. O., Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 260. S. aber Oertmann § 446 Ziff. 5a u. oben Bd. I § 99 Ziff. 2, § 100 II Ziff. 1 u. 2.

40) S. o. § 212 Ziff. 1 zu Note 9.

41) Vorbehaltlich des oben lit. a für den Fall einer Bedingung Gesagten.

42) Er kann dieserhalb keinerlei Abzüge vom Preise machen.

43) Oben § 147 bes. zu Note 29 u. 35 ff.

44) Oben § 153 Noten 8, 10, sowie Ziff. 3 u. 5 daselbst.

1) S. o. § 144 II bes. Ziff. 2.

2) § 446 BGB. im Verhältniß zu § 447; dazu aber auch oben § 144 Note 19 i. f.

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Fruchtperiode, so sind die zur Zeit des Uebergangs noch nicht verfallenen Früchte nach Anleitung des § 100 BGB. zwischen den Parteien zu vertheilen[3]).

Ueber Surrogate und Erweiterungen des Kaufgegenstandes s. o. § 144 Ziff. II. Leistungsverzug des Verkäufers begründet für ihn besondere Verpflichtungen (oben § 162).

2. Ein Korrelat der Nutzungen sind anderseits die Lasten des Kaufgegenstandes[4]). Auch diese hat daher der Käufer vom gleichen Zeitpunkt an zu tragen, wie die Gefahr. § 446 Abs. 1. Es kommen sowohl öffentliche Lasten in Betracht, die sich nach Maßgabe des Landesrechts bestimmen[5]), als private (auf privatrechtlichen Titeln beruhende) Lasten[6]).

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Lastenperiode, so bestimmt sich die Lastenvertheilung ähnlich wie bei den Früchten. S. § 103 BGB[7]).

3. Abweichende Vereinbarungen sind unter den Parteien zulässig[8]).

C. Verpflichtungen der Parteien.

§ 215.

1. Verpflichtungen des Käufers.

1. Der Käufer hat den bedungenen Kaufpreis[1]) zu bezahlen, d. h. dem Verkäufer zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen[2]). § 433 Abs. 2. Den Kaufpreis hat er zu verzinsen[3])

3) S. Bd. I § 70. Also z. B. die zur Zeit des Uebergangs stehenden Feldfrüchte erhält der Käufer. Die zu dieser Zeit laufenden Mieth- und Pachtgelder werden nach Verhältniß der Zeit zwischen Käufer und Verkäufer getheilt. — Für übermäßigen (nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft nicht gerechtfertigten) Fruchtbezug zwischen Kaufabschluß und Uebergabe oder Auflassung hat der Verkäufer Ersatz zu leisten. Arg. §§ 242, 581 BGB. Dernburg § 175 II Ziff. 1.

4) S. o. Bd. I § 69 i. f.

5) Z. B. Grundsteuern, Wegebaulasten, Deichlasten, Kanalisationsgebühren, Wassergelder ꝛc.

6) Letztere nur soweit der Käufer sie überhaupt zu tragen hat. S. u. § 218 Ziff. 1.

7) S. o. Bd. I § 70 Ziff. 2.

8) Die Frage, wer nach Außen hin für die Lasten, z. B. öffentliche Lasten, haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

1) S. o. § 212 Ziff. 2.

2) Soweit es sich nicht um Nebenleistungen handelt, die keinen des Eigenthums fähigen Gegenstand haben. S. § 212 Note 27.

3) Abgesehen von den allgemeinen Gründen des Verzugs oder der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf die Kaufgelder (§§ 288, 291 BGB.). S. o. §§ 149, 160, 162.

von dem Zeitpunkt, an welchem ihm die Nutzungen[4]) des Kaufgegenstandes gebühren[5]). § 452[6]). Gleichgültig ist, ob der Verkäufer bereits seine sämmtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt hat und demgemäß der Kaufpreis schon fällig ist[7]). Die Zinsen laufen dennoch und sind demnächst mitzubezahlen. Gleichgültig ist auch, ob der Kaufgegenstand von dem erwähnten Zeitpunkt ab dem Käufer wirklich Nutzen brachte oder überhaupt bringen konnte[8]). Befindet sich das Kaufobjekt in Händen eines Dritten, z. B. eines Nutznießers, Miethers 2c., der es nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht herauszugeben braucht[9]), so besteht die Nutzung in unserem Sinne in dem Entgelt, welches der Dritte zahlt. Da der Käufer auf dieses Anspruch hat[10]), muß er auch den Kaufpreis verzinsen. Soweit der Dritte kein Entgelt schuldet, wird auch keine Verzinsung des Kaufpreises anzunehmen sein[11]). Ist der Kaufpreis gestundet, so tritt die gesetzliche Zinspflicht nicht ein[12]); sie beginnt hier nach Ablauf der Stundungsfrist. § 452 i. f.

2. Im Uebrigen ist Alles zu entrichten, was zum Kaufpreise gehört, also auch die eventuellen Zuschläge zum Preise für Verpackung 2c.[13]). Ferner die Kosten der Abnahme des Kaufgegenstandes und seiner Versendung vom Erfüllungs- an den vom Käufer gewünschten Bestimmungsort[14]), da alle diese Dinge den Käufer zunächst oder aus-

4) Dies ist altes Recht. Vgl. l. 13 § 20, 21 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 18 § 1 Dig. de usur. 22, 1; Preuß. A.LR. I, 11 §§ 109 ff.; Code Nap. Art. 1652; Sächs. GB. § 1095 2c. Käufer soll nicht Sache und Preis zugleich genießen.

5) S. o. § 214. Also von der Uebergabe der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache, in ihren verschiedenen Formen (als direkte und kurzerhand erfolgende Uebergabe, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den dritten Besitzer) bezw. von der Ueberschreibung des verkauften Grundstücks im Grundbuch an; ebenso vom Annahmeverzug des Käufers 2c. (s. o. § 213). Nicht aber beim Versendungskauf schon vom Beginn des Transportes an (arg. § 447 BGB. gegen § 446 Abs. 1).

6) Beim Handelskauf s. noch § 353 HGB.

7) Nach § 320 BGB. — Z. B. er hat das Grundstück aufgelassen aber noch nicht übergeben, oder umgekehrt. In beiden Fällen laufen die Zinsen, wenn auch Kaufpreis und Zinsen erst gegen Bewirkung des noch Fehlenden zu entrichten sind.

8) Z. B. wenn das verkaufte Haus auf den Käufer überschrieben aber noch nicht übergeben ist. Dies ist eine Neuerung.

9) Z. B. wegen der Alterspriorität der Nutznießung. Oder nach dem Satze, daß der Kauf die Miethe nicht bricht (unten §§ 242 ff.) 2c.

10) S. o. § 214.

11) Dernburg § 176 Ziff. II.

12) Es ist anzunehmen, daß der Bezug der Nutzungen durch den Käufer dann schon bei der Bestimmung des Kaufpreises mit berücksichtigt ist. — Bei nachträglicher Stundung ist Auslegungsfrage, ob damit ein Erlaß der Zinspflicht verbunden sein sollte. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen, da Verzichte nicht zu vermuthen sind.

13) S. o. § 212 Ziff. 2c.

14) S. o. § 212 Ziff. 3 zu Note 53 ff.

schließlich angehen. §§ 448 Abs. 1, 451. Dagegen sind die Kosten der Uebergabe am Erfüllungsort, insbesondere auch die Kosten des Abmessens und Abwägens der Waare wenn letztere sich nach dem Quantum bestimmt und der Preis danach zu ermitteln ist[15]), vom Verkäufer zu tragen, da dies zur vollständigen Leistung des Verkäufers gehört. Ebenso fallen beim Verkaufe eines Rechts die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last. § 448 Abs. 2. Jedoch mit einer weittragenden Ausnahme auf Grund der Verkehrssitte. Danach hat bei Grundstückskäufen der Käufer die gesammten Kosten des Kaufvertrages[16]) und der Uebereignung[17]), also aller erforderlichen Beurkundungen zu tragen[18]). § 449 BGB.[19]).

Abweichende Vereinbarungen über alle diese Punkte sind unter den Parteien zulässig[20]). Soweit andere als Grundstückskäufe beurkundet werden, muß in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung überhaupt die Parteiabrede entscheiden[21]).

3. Nothwendige Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufgeschäfts noch auf den Gegenstand desselben gemacht hat, muß ihm der Käufer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen nur ersetzen, wenn sie nach Uebergang der Gefahr auf ihn gemacht sind[22]). Vorherige erscheinen als Korrelat der Nutzungen, die den Verkäufer bis dahin noch zustehen[23]). Verwendungen dagegen, die nach dem Uebergange der Gefahr und bis zur wirklichen Uebergabe nothwendig wurden, sind zu Lasten des Käufers; da sie zufolge der Verpflichtung des Verkäufers gemacht sind, das Kaufobjekt dem Käufer zu erhalten und unversehrt zu liefern[24]).

---

15) S. o. § 212 Ziff. 2b.

16) S. § 313 BGB. u. oben § 211 Ziff. 3 i. f.

17) Nicht der Uebergabe des Grundstücks. In dieser Hinsicht bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 448 BGB.). Also der Verkäufer hat für die nöthigen Räumungsarbeiten zu sorgen.

18) Dies wird auch auf Stempelkosten und Umsatzsteuer erstreckt.

19) Entsprechend hat bei der Zwangsversteigerung der Ersteher die Kosten des Gerichtsbeschlusses zu tragen, durch den ihm der Zuschlag ertheilt wird. § 58 ZwangsverstG. v. 24. März 1897.

20) Die Frage, wer nach Außen hin für die Kosten, Steuern u. s. w. haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

21) Im Zweifel wird gleichmäßige Vertheilung der Kosten unter die Parteien anzunehmen sein.

22) S. §§ 446, 447 BGB. u. oben § 213.

23) S. o. § 214. — Die nothwendigen oder in seinem Interesse liegenden Verwendungen hatte der Käufer nach röm. Recht schon vom Kaufabschluß an zu ersetzen, da er von hier ab regelmäßig auch die Gefahr trug. Vgl. l. 13 § 22 l. 38 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1 u. oben § 213 Note 5.

Nach §§ 450 Abs. 1 und 451 BGB. ist der Ersatz so zu leisten, wie wenn der Käufer den Verkäufer mit der Verwaltung des Kaufgegenstandes beauftragt hätte. Daraus folgt[25]), daß der Verkäufer für diese Verwendungen geeignetenfalls Vorschuß verlangen kann; auch daß die Nothwendigkeit von seinem subjektiven Standpunkt aus zu beurtheilen ist, da er unter Umständen nicht ahnen kann, was Käufer mit der Sache vorhat[26]).

Alle anderen Verwendungen: nicht nothwendige und solche, die vom Verkäufer erst nach Uebergabe des Kaufgegenstandes gemacht sind, hat der Käufer nur nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag[27]) zu ersetzen, also wenn sie seinem Interesse entsprechen oder von ihm genehmigt sind. §§ 450 Abs. 2, 451 BGB.[28]).

4. Positiv hat (nach § 433 Abs. 2) der Käufer die Verpflichtung, die gekaufte Sache abzunehmen[29]), es sei denn, daß etwas Anderes ausgemacht ist. Er kann also auf die Abnahme verklagt werden[30]) und geräth durch Unterlassung der Abnahme nicht blos in Annahme- sondern in Leistungsverzug[31]). Abnahme ist die thatsächliche Wegnahme resp. Uebernahme der Sache durch den Käufer[32]). Danach bezieht sich die Abnahmepflicht nur auf verkaufte Sachen; auf unbe-

24) S. o. § 157 u. unten §§ 216 ff. über die Verpflichtungen des Verkäufers. Z. B. das verkaufte Thier ist bis zur Uebergabe zu füttern.

25) S. u. § 253 über den Auftrag.

26) Arg. §§ 669, 670 BGB. Z. B. der Verkäufer weiß nicht, daß der Käufer das Haus zum Niederlegen gekauft hat und macht daran noch eine an sich nothwendige Reparatur. Diese kann er nach § 670 ersetzt verlangen. Auch § 665 BGB. kann in Betracht kommen. S. auch Planck § 450 Note 1d, Dernburg § 176 Ziff. III.

27) S. u. §§ 254 ff.

28) Ueber Verzinsung der Verwendungen und das eventuelle Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers wegen der Verwendungen s. §§ 256, 273 BGB. und oben die betreffenden Materien.

29) S. o. § 163 zu Note 6 ff. Der Verkäufer soll in den Stand gesetzt werden, mit den verkauften Sachen zu räumen und sich auf neue einzurichten. Vgl. Prot. II S. 53 ff. — Selbstverständlich muß die Sache vertragsmäßig sein. Vgl. für Zuvielsendung Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 126. Bei Mangelhaftigkeit der Sache s. u. § 220 Note 4.

30) A. M. Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 241; Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 57 ff. Aber das Gesetz ist klar und unzweideutig. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 213. Unser Gesetz ist hier dem preuß. Recht gefolgt.

31) Falls die sonstigen Voraussetzungen der beiden Institute gemäß §§ 161, 163 oben vorliegen (z. B. Angebot — Verschulden)! Liegen sämmtliche Voraussetzungen vor, so kann Verkäufer die Rechte geltend machen, die ihm am günstigsten sind.

32) S. auch Prot. a. a. O. Planck § 433 Note 7; Rosenberg, Verzug des Gläubigers in Ihering's Jahrb. Bd. 43 S. 254 ff. Die Abnahme beweglicher Sachen setzt nach allgemeinen Regeln (§ 269 BGB.) deren Abholung durch den Käufer voraus. Anders beim Versendungskaufe.

wegliche nur soweit als hier den Umständen nach eine besondere Abnahmehandlung erforderlich ist[33]). Bei verkauften Rechten verbietet sich die Abnahme regelmäßig von selbst. Zwar könnte, wenn das Recht auf den Besitz einer Sache Anspruch gibt, möglichenfalls die Abnahme dieser Sache verlangt werden. Doch scheute das Gesetz sich, dem Käufer diese Verpflichtung als eine allgemeine aufzuerlegen[34]).

5. Die Nichterfüllung der hier genannten Verpflichtungen gibt dem Verkäufer die oben §§ 169 ff. besprochenen Rechte. Von diesen interessiren hier hauptsächlich diejenigen beim Leistungsverzug des Käufers[35]). S. § 326 BGB.[36]). Danach kann der Verkäufer

a) Nachholung des Versäumten (Zahlung, Abnahme), Zinsen und das Verzugsinteresse fordern, wogegen er selbst ordnungsmäßig zu liefern hat;

b) er kann aber auch (vorbehaltlich der eventuell[37]) dem Käufer zu gewährenden angemessenen Nachfrist) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wobei der Schaden wie überall nach freiem Ermessen abzuschätzen ist[38]). Der Verkäufer bleibt zur Lieferung des Kaufgegenstandes verpflichtet[39]); was aber selbstverständlich nicht heißt, daß er ihn dem Käufer aufzudrängen brauche, wenn dieser ihn nicht abnimmt. Vielmehr kann er den Gegenstand im Einverständniß des Käufers auch behalten oder ihn gegebenenfalls nach allgemeinen Grundsätzen[40]) im Wege des Selbsthülfeverkaufs versilbern. Behält er

33) Nach § 303 BGB. hat der Verkäufer hier oft gar kein Interesse, eine solche zu fordern, und kann sie solchenfalls nach allgemeinen Grundsätzen auch nicht verlangen.

34) Es wird also hier, ähnlich wie im älteren Recht, noch immer von den Umständen abhängen, ob anzunehmen ist, daß dem Käufer eine solche Verpflichtung obliegt.

35) Wichtig ist auch das Recht des Verkäufers, falls er nicht vorzuleisten hat, einstweilen den Kaufgegenstand zurückzuhalten. §§ 320 ff. BGB. u. oben § 169.

36) S. o. § 171.

37) D. h. falls nicht in Folge des Verzuges das Geschäft für den Verkäufer kein Interesse mehr hat. § 326 Abs. 2 BGB. Bei Handelsfixgeschäften s. o. § 172 Ziff. 3.

38) S. o. § 151. Es kommt darauf an, was der Verkäufer auf Grund der vertragsmäßigen Leistungen des Käufers gehabt haben würde und nun thatsächlich hat. Was letzteres ist, hängt davon ab, ob der Verkäufer seinerseits den Kaufgegenstand noch leisten muß oder nicht, und letzterenfalls welchen Werth er ihm repräsentirt. Darüber s. u. Die Regeln des Handelsrechts für Fixgeschäfte (§ 376 HGB.) sind darauf keineswegs (mit Cosack § 130 Ziff. I) ohne Weiteres übertragbar. Vor derartigen Kommerzialisirungen des bürgerlichen Rechts ist zu warnen! Zustimmend Dernburg § 177 II Ziff. 3 u. 4.

39) S. o. § 171 zu Note 14. Oder er hatte ihn möglicherweise schon geliefert.

40) Nach §§ 164 i. f., 189 oben, wenn der Verkäufer sich auch im Annahmeverzug befindet. Die Vorsichtsmaßregeln der §§ 383—385 BGB. sind zu beachten.

ihn, so kann nicht stets der gewöhnliche Marktwerth des Kaufgegenstandes (in seinem Verhältniß zum Kaufpreis) der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden. Denn häufig würde der Verkäufer sich den Gegenstand überhaupt nicht wieder anschaffen, oder man weiß nicht genau, wann?[41]) Kommt es zum Selbsthülfeverkauf und hat dieser unter Beobachtung der nöthigen Vorsichtsmaßregeln stattgefunden[42]), so kann der Verkäufer den erzielten Mindererlös auf seine Schadensforderung in Ansatz bringen[43]).

c) Schließlich kann der Verkäufer (vorbehaltlich der etwa dem Käufer zu gewährenden Nachfrist) vom Vertrage zurücktreten, sodaß er weder selbst etwas erhält[44]) noch seinerseits zu liefern braucht. Das Rücktrittsrecht fällt jedoch weg, wenn der Verkäufer den Vertrag schon erfüllt und den Kaufpreis gestundet hatte. § 454 BGB. Es genügt, daß nach dem Vertrage der Verkäufer vorzuleisten hatte. Auch die nachträgliche Gewährung einer Zahlungsfrist[45]), wenn der Verkäufer geleistet hatte, muß hier als Verzicht auf das Rücktrittsrecht gedeutet werden[46]). Solange der Verkäufer nicht vollständig erfüllt hat, geht er jedoch des Rücktrittsrechts nach § 454 nicht verlustig[47]).

6. Selbstverständlich haftet der Käufer auch für sonstiges Verschulden. Z. B. für Beschädigungen, die er dem Verkäufer bei der Abnahme zufügt, für prompte Rücksendung der Verpackung (Fässer 2c.), falls solche bedungen ist.

---

41) Z. B. das Recht des Verkäufers zum definitiven Behalten entscheidet sich erst später (während beim Handelsfixgeschäft sofort feststeht, daß es zur Lieferung der Kaufsache nicht mehr kommt). Im bürgerlichen Recht muß sich der Gläubiger, falls er den hier in Rede stehenden Weg wählt, zunächst auf die Verpflichtung zur eigenen Nachlieferung gefaßt machen. Für die sog. „abstrakte Schadensberechnung" des Handelsrechts fehlt also die erforderliche Grundlage.

42) S. o. Note 40. Dagegen will Cosack § 130 zu Note 7 den Verkäufer von allen Vorsichtsmaßregeln beim Selbsthülfeverkauf entbinden, ohne Schutzmaßregeln für die Gegenpartei. Dies wäre praktisch äußerst gefährlich.

43) Auch durch Aufrechnung. S. o. § 171 Note 8. Dadurch kann eventuell die Hinterlegung des Erlöses vermieden werden.

44) Auch keinen Schadensersatz. S. § 326 BGB. u. oben § 171 Ziff. 2 am Ende. Bestritten ist, ob das Rücktrittsrecht auch wegen Verzugs der Abnahme (oben Note 30) zuläßig sei. Dagegen Staub zu § 374 HGB. N. 143, 145 und Romeick, Fristbestimmung S. 57 ff. (letzterer aus dem irrigen Grunde, daß die Abnahme keine Verpflichtung des Käufers sei). Und beim Unterlassen der Spezifikation (s. o. § 146 Note 34) gewährt § 375 HGB. das Rücktrittsrecht ausdrücklich. Der Unterschied, ob ich pure nicht annehme oder mittelst Unterlassung der Spezifikation nicht annehme, ist aber doch nur ein gradueller.

45) Gegen oben Ziff. 1 i. f.

46) So auch Oertmann zu § 454. Weil sie sonst nur wenig Sinn hätte.

47) Oertmann a. a. O.; Dernburg § 177 Note 4 gegen Planck § 454 Note 2a. Ebenso bei theilweiser Stundung. — Der Verkäufer kann also das Geleistete nach Anleitung der §§ 346 ff. BGB. zurückfordern.

2. Verpflichtungen des Verkäufers.

§ 216.

a) Ueberhaupt.

Erheblich vielgestaltiger sind die Verpflichtungen des Verkäufers.

1. Die Verpflichtung des Verkäufers geht im Allgemeinen dahin (§ 433 Abs. 1 BGB.),

a) dem Käufer den Kaufgegenstand thatsächlich zu überliefern. Diese Verpflichtung wird insbesondere bei verkauften Sachen praktisch. Dieselben sind dem Käufer zu übergeben mit Allem was dazu gehört[1]). Ist ein Recht verkauft, das zum Besitze einer Sache berechtigt[2]), so ist dem Käufer gleicherweise die betreffende Sache zu übergeben, da der Genuß des Rechtes davon abhängt oder sonst nur ein unvollkommener wäre.

b) Weiter hat der Verkäufer aber auch dem Käufer den Kaufgegenstand rechtlich in sein Vermögen zu bringen: d. h. zu verschaffen[3]). Dazu ist erforderlich bei verkauften Sachen die Verschaffung des Eigenthums; bei verkauften Rechten die Begründung des Rechts in der Person des Käufers, oder die Uebertragung auf ihn, und wenn das Recht auf den Besitz einer Sache Anspruch gibt, die Uebergabe des Besitzes dieser Sache[4]).

Die Pflicht zur Rechtsverschaffung erschöpft sich aber nicht in dem einmaligen Begründungs- oder Uebertragungsakt, sondern umfaßt die Garantie für den Bestand des Eigenthums oder des sonstigen verkauften Rechts, soweit Mängel in Frage kommen, die aus der Person des Verkäufers herrühren oder schon bei ihm vorhanden waren[5]). Diese Mängel zeigen sich oft erst viel später, wenn dritte Personen ihre Rechte gegen den Käufer geltend machen. Für solche Unregelmäßigkeiten hat der Verkäufer einzustehen. Wird dem Käufer durch sie etwas abgezogen, so hat Verkäufer nicht ordnungsmäßig erfüllt[6]). Die Pflicht der Rechtsverschaffung ist nach Inhalt und Folgen zu erörtern[7]).

---

1) Näheres darüber unten § 217.

2) Z. B. ein Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht, eine Forderung, für die ein Faustpfandrecht bestellt ist 2c.

3) In Uebereinstimmung mit dem Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 1, Code Nap. Art. 1582 ff. Wegen des röm. Rechts s. o. § 211 Note 16.

4) Insofern kann die schon unter a erwähnte Uebergabe eine doppelte Funktion haben.

5) Auf Grund des Satzes: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. S. o. Bd. I § 71 zu Note 12.

6) Geradeso wie wenn diese Mängel von Anfang an hervorgetreten wären.

2. Daneben hat der Verkäufer oft noch sonstige Pflichten. So ist er verpflichtet, die Kosten der Uebergabe einschließlich des Abmessens und Abwägens der Waare zu tragen[8]); ebenso die Kosten der Begründung oder Uebertragung des verkauften Rechts. § 448 BGB. Er ist dem Käufer zur Auskunft[9]) über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts, insbesondere über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten des verkauften Grundstücks verpflichtet[10]), und hat ihm die auf den Kaufgegenstand bezüglichen Beweisurkunden auszuliefern, soweit sie sich in seinem Besitze befinden und sich nicht noch auf andere Angelegenheiten beziehen. Letzterenfalls ist auf Verlangen ein öffentlich beglaubigter Auszug[11]) daraus zu ertheilen[12]). § 444.

Ferner können besondere Verpflichtungen, z. B. auf Versendung der Kaufsache, einstweilige Aufbewahrung ꝛc., übernommen sein.

3. Wenn der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt[13]), so hat der Käufer die oben §§ 169 ff. besprochenen Rechte. Also er kann den Kaufpreis bis zur vollständigen Erfüllung seitens des Verkäufers[14]) zurückhalten[15]). §§ 320 ff. BGB. Ist letzterem aus einem von ihm zu vertretenden Umstande die Leistung des Kaufgegenstandes[16]) unmöglich geworden, so hat der Käufer die in § 325, — beim Verzuge des Verkäufers die in § 326 BGB. vorgesehenen Rechte ꝛc. Auf diese wird in § 440 Abs. 1 BGB. ausdrücklich verwiesen. Gleichwohl werden die Rechte des Käufers in Anwendung auf die Pflichten des Verkäufers zur Uebergabe und Rechtsverschaffung zum Theil noch näher bestimmt[17]).

4. Hat die verkaufte Sache thatsächliche Mängel, so ist dies keineswegs in allen Fällen Nichterfüllung des Vertrags[18]). Es sind daher die Ziff. 3 besprochenen Rechte regelmäßig nicht anwendbar. Vielmehr handelt es sich (da diese Mängel häufig beiden Parteien ver-

7) Man spricht hier von Rechtsgewährleistung des Verkäufers. S. u. § 219.

8) Kraft Gesetzes, also vorbehaltlich etwaiger besonderer Abmachungen. S. o. § 215 Ziff. 2.

9) S. o. Bd. I § 136.

10) Zweifellos (nach den Regeln von Treu und Glauben und der Verkehrssitte) auch über andere den Käufer rechtlich interessirende Dinge, z. B. Bodenbeschaffenheit des Grundstücks ꝛc. Dernburg § 178 Ziff. III.

11) S. dazu Reichsgesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit §§ 129, 167 ff.

12) Eine Verpflichtung zur Vorlegung (im Original) besteht diesenfalls nur nach Bd. I § 137.

13) Ueberhaupt nicht, oder nicht gehörig.

14) S. hierzu oben § 169 Note 10.

15) Abgesehen vom Pränumerationskauf. S. o. § 212 Note 47.

16) Mit Allem was dazu gehört. S. o. § 212.

17) S. u. § 217 Ziff. 4, § 219.

18) S. schon oben § 169 zu Note 13.

borgen blieben und die Vollständigkeit der Leistung an sich nicht zu beanstanden ist) hier vorzugsweise um eine billige Ausgleichung der beiderseitigen Interessen[19]. Das Gesetz sondert daher die Verpflichtung zur Gewährleistung in diesen Fällen auch äußerlich von der bisher besprochenen ab. S. §§ 459 ff. BGB.[20]).

§ 217.

b) Von der Verpflichtung zur Uebergabe.

Die Uebergabe der Kaufsache besteht in der thatsächlichen Uebertragung des Besitzes auf den Käufer[1]). So ohne Weiteres bei Grundstücken. Bei verkauften beweglichen Sachen kombinirt sich mit der Besitzes- die Eigenthumsübertragung[2]), da letztere sich mittelst der ersteren vollzieht[3]). Uebergabe kurzerhand, ebenso eine solche durch Besitzkonstitut oder (falls ein Dritter im Besitz der Sache ist) durch Abtretung des Herausgabeanspruchs wider den Dritten[4]) genügen, falls der Käufer sich damit einverstanden erklärt. Sonstiger Formen bedarf es nicht. Z. B. die Uebergabe eines Grundstücks braucht nicht an Ort und Stelle oder durch Uebergabe von Schlüsseln zu geschehen, wenn der Käufer in der Lage ist, die thatsächliche Gewalt über die Sache zu erlangen[5]). Hier genügt die (sachenrechtliche) Einigung der Parteien über die Besitzübertragung. Letztere wirkt als Erfüllung der betreffenden Kaufverpflichtung[6]). — Ist Kaufgegenstand ein Recht, das zum Besitze einer Sache berechtigt[7]), so ist entsprechend diese Sache zu übergeben (§ 433 Abs. 1). Bei anderen Rechten erschöpft sich die Pflicht des Verkäufers wohl meistens mit der Rechtsverschaffung (§ 218). Doch sind die Beweisurkunden überall zu übergeben. § 444 BGB.[8]).

1. Die Uebergabe gestaltet sich verschieden, je nachdem sie am Erfüllungs- oder am Bestimmungsorte zu geschehen hat[9]). Letzteren-

19) Nicht um eine bloße Voraussetzung (Bd. I § 78 Note 4). S. darüber meine Ausführungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 122, 136 ff.
20) S. u. §§ 220 ff.

1) S. §§ 854 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht.
2) S. §§ 929 ff. BGB. u. unten § 218.
3) Den entsprechenden Willen (der nach § 218 regelmäßig zu unterstellen) selbstverständlich vorausgesetzt.
4) Also nach §§ 929 Abs. 2, 930, 931 BGB.
5) Also z. B. das Grundstück nicht verschlossen ist.
6) Daher hat auch der Verkäufer im Streitfall die erfolgte Uebergabe zu beweisen.
7) Z. B. ein Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht.
8) Nach näherer Maßgabe dieser Bestimmung. S. schon oben § 216 Ziff. 2.
9) S. o. §§ 155 u. 212 Note 49 ff.

falls begreift sie die Versendung in sich (Versendungskauf). Die Versendung hat Verkäufer mit der verkehrsüblichen Sorgfalt[10]) ins Werk zu setzen, d. h. eine geeignete Transportperson dafür auszuwählen und diese mit den erforderlichen Anweisungen zu versehen. Beides nach den ihm selbst ertheilten Anweisungen des Käufers, von denen er nicht ohne Grund abweichen darf[11]). § 447 Abs. 2 BGB. Dagegen steht er für Verschulden der Transportperson nicht ein. Der Verkäufer hat die Versendung nicht selbst zu besorgen[12]).

2. Die Kaufsache ist bis zur Uebergabe von dem Verkäufer mit verkehrsüblicher Sorgfalt aufzubewahren oder zu beaufsichtigen[13]). In dieser Hinsicht gelten die Grundsätze des § 157 oben[14]).

3. Mit der Sache ist selbstverständlich auch das zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene Zubehör zu übergeben, soweit es im Kaufvertrag nicht ausgeschlossen ist. S. § 314 BGB.[15]).

4. Besonders wichtig ist der Fall, daß der Verkäufer mit der Uebergabe in Verzug geräth[16]). Die Anwendung des § 326 BGB. gestaltet sich hier folgendermaßen.

a) Der Käufer kann auf der Lieferung bestehen und Schadensersatz wegen der Verspätung verlangen. Dieser Schadensersatz bestimmt sich nicht blos nach der Differenz des Kaufpreises und jetzigen Marktwerthes der Sache[17]), sondern umfaßt Alles, was der Käufer in Folge der verspäteten Lieferung verlor (in den allgemeinen Ersatzgrenzen)[18]). Der Käufer bleibt zur Zahlung des Kaufpreises ver-

---

10) S. o. § 157 Ziff. I.

11) S. o. § 212 zu Noten 55 ff.

12) Sodaß die Transportperson Gehülfe des Verkäufers (oben § 157 Ziff. II) wäre. § 447 BGB. deutet unzweifelhaft darauf hin. — Doch modifizirt sich die Entscheidung, wenn der Verkäufer dennoch die Versendung selbst übernimmt und z. B. durch sein Kind oder seinen Laufburschen oder sonstigen allgemeinen Bediensteten besorgen läßt.

13) Z. B. ein Grundstück. — Ja unter Umständen zu verwalten bezw. richtig zu behandeln. S. dazu noch oben § 215 Ziff. 3 über etwaige Verwendungen auf die Sache.

14) Vgl. noch Fr. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für Verschuldung (1896).

15) Wegen der Früchte und sonstigen Nutzungen s. o. § 214. Soweit sie danach dem Käufer gebühren, sind sie mit herauszugeben.

16) S. o. §§ 171, 216 Ziff. 3. — Ueber Leistungsverzug des Käufers s. § 215 Ziff. 5.

17) Sog. „abstrakte Schadensberechnung“, die allerdings im Handelsrecht häufig vorkommt, da der Kaufgegenstand hier meist nur nach seinem Verkaufswerth (als Handelswaare) in Betracht kommt.

18) S. o. § 151 zu Note 29 ff., § 162 Ziff. 1. Z. B. durch die Entbehrung des Kaufgegenstandes wird der Käufer in seiner Thätigkeit und in seinem Erwerb

pflichtet, und kann darauf eventuell seine Schadensforderung in Anrechnung bringen.

b) Der Käufer kann aber auch (vorbehaltlich der etwa[19]) dem Verkäufer zu gewährenden angemessenen Nachfrist) die Lieferung des Kaufobjekts ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Schaden berechnet sich nach den Umständen. Z. B. Käufer hat, weil er der Sache dringend bedurfte, die letztere anderswoher bezogen[20]): hier wird der Schaden regelmäßig[21]) in dem Mehraufwand gegenüber dem Kaufpreise bestehen, den Käufer zur Erlangung der Sache machen mußte[22]). Hat Käufer sich die Sache nicht anderswoher beschafft, so bestimmt sich der Schaden nicht einfach nach der Differenz des Kaufpreises und jetzigen Marktwerthes der Sache[23]); denn letztere nützt vielleicht dem Käufer gar nichts mehr. Sein Schaden ist schon entstanden[24]) und durch den gegenwärtigen Bezug der Sache nicht abzuwenden[25]).

c) Schließlich kann Käufer (vorbehaltlich der dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist) vom Kaufgeschäft zurücktreten, sodaß beiderseits keine Leistung erfolgt. Den etwa schon gezahlten Kaufpreis kann der Käufer zurückfordern[26]).

Beim Verzug mit Theilen der Leistung s. o. § 171 Ziff. 3.

---

gehindert. Der Käufer hatte die Sache schon wieder weiter verkauft und kann sie seinem Käufer nun nicht liefern, verfällt dafür in eine Vertragsstrafe u. s. w. — Das zwischenzeitliche Sinken des Preises der Kaufsache kommt nach § 162 Ziff. 4a nur bedingt in Betracht.

19) Falls nicht in Folge des Verzugs das Geschäft für den Käufer kein Interesse mehr hat. § 326 Abs. 2 BGB. Bei Handelsfixgeschäften s. o. § 172 Ziff. 3.

20) Der Käufer hat einen sog. Deckungskauf abgeschlossen.

21) Es sei denn, daß er in einer den Umständen nicht entsprechenden Weise zu theuer gekauft hat. Die allgemeine Konjunktur, — aber auch das Bedürfniß des Käufers sind zu berücksichtigen.

22) Dagegen hat er bei einem etwaigen Minderaufwand dem Verkäufer nicht etwa die Differenz herauszuzahlen!

23) Die sog. „abstrakte Schadensberechnung“ spielt aber im Handelsrecht, namentlich bei Handelsfixgeschäften (§ 376 HGB.) eine große Rolle. S. o. Note 17.

24) Auch hier hält sich die Ersatzpflicht innerhalb der allgemeinen Grenzen. S. o. § 151 zu Note 29 ff. u. Cit.

25) Wegen Aufrechnung der Ersatzsumme auf den Kaufpreis s. o. § 171 Note 14.

26) Nach §§ 326, 327, 346 ff. BGB.

c) Von der Verpflichtung zur Rechtsverschaffung.

§ 218.

α. Inhalt.

1. Die Rechtsverschaffung besteht bei verkauften Sachen in der Verschaffung des Eigenthums. Es ist also das verkaufte Grundstück dem Käufer aufzulassen[1]), die verkaufte bewegliche Sache dem Käufer durch Uebergabe[2]) oder einen gleichgeltenden Akt[3]) zu übereignen[4]). Verkaufte Rechte sind, wenn sie als bereits beim Verkäufer bestehende verkauft sind, dem Käufer abzutreten[5]). Andernfalls[6]) hat der Verkäufer sie in der Person des Käufers zu begründen[7]) resp. Alles zu thun, was dazu von seiner Seite gehört[8]). Vgl. § 433 Abs. 1 BGB.

a) Dem Käufer ist das verschaffte Recht lastenfrei zu verschaffen, d. h. frei von Rechten Dritter, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können. § 434. Solche Lasten, wenn sie im Vertrage nicht berücksichtigt waren[9]), stellen nicht nur einen theilweisen Rechtsmangel dar, welcher dem Inhalt des Kaufgeschäftes widerspricht, sondern die Lasten können unter Umständen den völligen Verlust des Gegenstandes für den Käufer, also eine völlige Entwährung nach sich ziehen[10]).

---

1) S. § 925 BGB. u. unten das Sachenrecht.

2) S. o. § 217 bes. Note 2.

3) S. §§ 929—931 BGB. und die Lehre von der Eigenthumsübertragung an Mobilien.

4) Wegen Vorbehalt des Eigenthums bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises s. o. § 212 am Ende.

5) Z. B. Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte 2c. nach §§ 398, 413 BGB. S. schon oben §§ 198 ff.

6) Bei zu bestellenden Rechten. Mag der Verkäufer dazu die Befugniß haben oder nicht. Bei der Rechtsgewährleistung ist stets mit dem Fall zu rechnen, daß Verkäufer die betreffenden Rechte nicht wirklich besitzt.

7) Z. B. einen Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit 2c. aus dem Eigenthum an einer Sache.

8) Dies ist bei den einzelnen verkauften Rechten aus deren Natur zu beantworten. Manchmal genügt einfacher Vertrag. Bei Rechten an Grundstücken muß nach §§ 873 ff. Eintragung im Grundbuch hinzukommen. Bei Rechten an beweglichen Sachen ist unter Umständen die Sache zu übergeben.

9) Ist dies der Fall, so sollte der Käufer natürlich nicht mehr Rechte empfangen, als ihm verschafft sind, und kann sich demgemäß über den Mangel nicht beschweren. — Wegen bloßer Kenntniß der Mängel s. u. Ziff. 4.

10) Z. B. durch Pfandverkauf der Sache. — Im röm. Recht wurde (nicht konsequent) zwar für Entwährung durch Pfandklage (l. 34 § 2, l. 35, 63 § 1 Dig. de evict. 21, 2) oder eine gegen Dritte durchführbare persönliche Klage (vgl. l. 34 § 1, 39 pr., 66 § 1 l. cit.) gehaftet; nicht aber für die Freiheit von Grunddienstbarkeiten 2c., es sei denn, daß sie arglistig verschwiegen oder deren Abwesenheit besonders zugesagt war (s. l. 59 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 75 Dig. de evict. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 174).

Gleichgültig ist die Art des beschränkenden Rechts, wenn es nur gegen den Käufer geltend gemacht werden kann. In Betracht kommen nicht blos dingliche Rechte am Kaufgegenstande [11]), sondern auch z. B. Miethe und Pacht, sofern sie gegen den Käufer der Sache wirken [12]). Doch sind nur privatrechtliche Lasten gemeint. Oeffentliche Lasten und Abgaben, welche vom Kaufgegenstande zu entrichten sind, muß der Käufer selbst tragen [13]). Arg. § 436 BGB. [14]). Sie gelten als allgemein bekannt, und Jeder muß sich beim Kaufabschluß auf ihre Bezahlung einrichten. Die in Betracht kommenden Lasten dieser Art bestimmt das Landesrecht [15]), und zwar dasjenige am Ort der belegenen Sache [16]). Ist für eine öffentliche Grundlast ausnahmsweise die Eintragung im Grundbuch vorgeschrieben, so ist sie nach § 436 wie eine privatrechtliche zu behandeln [17]).

b) Auch nicht bestehende aber fälschlich im Grundbuch oder Schiffsregister auf das Kaufobjekt eingetragene Lasten [18]) muß der Verkäufer auf seine Kosten löschen lassen, wenn sie im Fall ihres Bestehens das Recht des Käufers beeinträchtigen würden. § 435 [19]).

2. Der Verkäufer eines Rechts, insbesondere einer Forderung, haftet für den Bestand des Rechts [20]), so wie es verkauft ist. Zwar kann das Recht auch als ein zweifelhaftes verkauft sein [21]), oder der

11) Z. B. Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten und die in § 439 Abs. 2 genannten Rechte (s. u. Ziff. 4).

12) S. darüber unten §§ 242 ff.

13) Von dem in § 214 Ziff. 2 bestimmten Zeitpunkte ab. Für Rückstände aus früherer Zeit hat der Verkäufer aufzukommen.

14) Dort ist zwar nur von Grundstückskäufen und öffentlichen Lasten die Rede, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Aber das Prinzip ist zu verallgemeinern. Sonst müßte z. B. der Verkäufer von Thieren noch die Hunde- und Pferdesteuer weiter bezahlen!

15) Da es in Sachen des öffentlichen Rechts maßgebend bleibt.

16) Vgl. o. Bd. I § 26 Ziff. 2, §§ 27 u. 28 Ziff. 6.

17) Entweder ist alsdann ihre öffentlichrechtliche Natur zweifelhaft oder die Last ist nicht so bekannt, daß man sie als der Eintragung im Grundbuch nicht bedürftig ansah. Dann kann das Textprinzip nicht für sie gelten. S. dazu noch preuß. AG. zur GrundbO. Art. 11.

18) Z. B. die Last bestand früher und steht im Grundbuche noch eingetragen.

19) Die Bewirkung der Löschung wäre dem Käufer unter Umständen sehr erschwert. S. Motive Bd. 2 S. 222. Außerdem ist die aus der Eintragung hervorgehende Vermuthung für das Recht (§ 891 BGB.) dem Käufer nachtheilig.

20) Dies ist mit dem sub Ziff. 1 Gesagten nicht identisch. Z. B. eine verkaufte Forderung kann zweifelhaft sein. Das Gläubigerrecht ist dem Käufer rite verschafft, aber der Inhalt des Rechts stellt sich als anders heraus, wie beim Verkaufe angenommen wurde. — Unrichtig subsumirte die ältere Lehre die hier besprochenen Fälle unter die Abtretung (Cession). S. schon oben § 200 zu Note 3 ff.

21) Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch aus den Umständen ergeben. — Jedenfalls hat bei derartigem Verkaufe der Verkäufer die Garantie für den Bestand des Rechtes abgelehnt. S. § 443 BGB. u. unten § 219 Ziff. 5.

Käufer beim Vertragsabschluß die Zweifelhaftigkeit gekannt haben [22]); dann haftet der Verkäufer nicht für den Bestand. Aber dies ist nicht die Regel. In der Mehrzahl der Fälle wird das Recht als ein nach Inhalt und Umfang bestimmtes verkauft, und darin liegt die Garantie des Verkäufers, daß es im bezeichneten Umfang bestehe [23]). § 437 Abs. 1. Darin liegt:

a) Der Verkäufer haftet dafür, daß das verkaufte Recht existirt, d. h. daß es nicht nichtig oder schon wieder erloschen ist. Ebenso daß keine Einreden gegen die betreffenden Rechtsansprüche begründet sind (mag es sich um ausschließende oder aufschiebende Einreden handeln). Endlich dafür, daß keine sonstigen Gegenrechte das verkaufte Recht in seinem Bestande alteriren: insbesondere kein Anfechtungsrecht des Verpflichteten und keine Aufrechnung [24]). Hier kommt nicht schon die bloße Existenz des Gegenrechts, sondern erst dessen Geltendmachung in Betracht [25]), mag letztere auch erst nach dem Verkauf bezw. der Abtretung des Rechts erfolgen. Das Gegenrecht muß aber schon zur Zeit des Kaufabschlusses begründet gewesen sein [26]).

b) Ist die Forderung in einem Werthpapier verbrieft [27]), so haftet der Verkäufer auch dafür, daß das Papier nicht schon zur Zeit des Kaufs zum Zweck der Kraftloserklärung öffentlich aufgeboten ist [28]). § 437 Abs. 2 [29]).

---

22) Auch dann haftet der Verkäufer nicht. S. § 439 Abs. 1 BGB. u. unten Ziff. 4.

23) Nicht kann man sagen, daß, wenn es nicht mit diesem Inhalt und Umfang besteht, das Kaufgeschäft dann soweit gegenstandslos sei. Daraus würde folgen, daß der Kauf zusammenfiele und nur der Kaufpreis einzubehalten oder zurückzugeben bezw. das negative Vertragsinteresse zu ersetzen sei, während nach dem im Text Gesagten volle Gewährleistung eintritt. Schon gemeinrechtlich wurde die Haftung des „Cedenten" (richtig des Verkäufers) für nomen verum d. i. den Bestand der Forderung im vollen Umfang angenommen. S. Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 107 u. Cit.

24) S. o. Bd. I § 34 bes. Note 2, und über die Wirkung der Anfechtung und Aufrechnung daselbst § 80 und hier oben § 193. Inwieweit dem Käufer als Cessionar gegenüber aufgerechnet werden kann, ist oben § 200 erörtert.

25) Durch entsprechende Erklärung des Berechtigten. Die allgemeine Behauptung Hellwig's (Anspruch u. Klagrecht S. 20), daß die Kompensabilität einen rechtlichen Mangel der verkauften Forderung bilde, ist nicht haltbar: denn welcher Gläubiger ist nicht der Kompensation ausgesetzt?

26) S. noch unten Ziff. 3 über den rechtlich erheblichen Zeitpunkt der „Mängel im Rechte".

27) S. o. Bd. I § 63 bes. Ziff. II.

28) S. § 63 a. a. O. am Ende. Ferner § 799 BGB. u. unten § 312. Zwar wäre der Käufer möglicherweise in der Lage, die Kraftloserklärung abzuwenden, aber die dazu erforderliche Mühe und Aufwendungen sind ihm nicht zuzumuthen. Das Papier ist mit einem Mangel behaftet.

29) Es genügt die erste öffentliche Bekanntmachung im gerichtlichen Aufgebotsverfahren, nicht ist nothwendig der Eintritt der Zahlungssperre. Wegen

c) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Anspruchs haftet nur für den rechtlichen Bestand des Kaufobjekts, nicht auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners [30]). Doch kann der Verkäufer eine solche Haftung übernehmen. Wenn dies geschieht, so ist die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung des Anspruchs [31]), nicht auf spätere Zeiten zu beziehen [32]). § 438 BGB.

3. Der hervortretende Rechtsmangel — die (völlige oder theilweise) Entwährung des Kaufobjekts — muß

a) auf einer Ursache beruhen, welche zur Zeit des Kaufabschlusses schon vorhanden war. Z. B. für eine spätere Enteignung der Kaufsache haftet der Verkäufer nicht [33]), wohl aber für eine spätere Anfechtung oder Tilgung der verkauften Forderung durch Aufrechnung, wenn die Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war [34]).

Solange jedoch der Käufer die Gefahr noch nicht trägt, kann er selbstverständlich auch wegen eines dem Kaufabschlusse nachfolgenden Ereignisses von dem Geschäfte abgehen [35]).

b) Dem steht der Fall gleich, wenn die Entwährung auf späteren Handlungen des Verkäufers selbst beruht. Hat letzterer

---

letzterer haftet, da sie ein Veräußerungsverbot enthält, der Verkäufer schon nach § 434 BGB.

30) Er haftet für nomen verum, aber nicht für nomen bonum. Vgl. l. 4 Dig. de her. vel. act. vend. 18, 4; Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 431; Code Nap. Art. 1695.

31) S. o. §§ 197 ff. — Nicht des Kaufabschlusses! Doch geht beides, wie wir sahen, hier häufig Hand in Hand.

32) Auslegungsregel. Das Gegentheil (bis zu einer vollständigen Bürgschaft für den Schuldner) kann bedungen sein. Dann ist eventuell Schriftlichkeit des Garantieversprechens erforderlich (arg. § 766 BGB.). Es kommt darauf an, ob ein oder zwei Geschäfte vorliegen; im Uebrigen auf die spezielle Art der Garantie (s. u. §§ 295 ff., 300). — Auf der anderen Seite wird eine Haftung für Arglist des Verkäufers (wenn er die Werthlosigkeit der Forderung kennt und dem Käufer verhehlt) durch § 438 BGB. niemals ausgeschlossen. S. auch Oertmann zu § 438.

33) Ebensowenig für den Untergang der verkauften Forderung nach dem Kaufabschluß, aber vor der Abtretung desselben, falls nicht der Untergang auf einem der bei lit. b hervorgehobenen Umstände beruht.

34) S. o. Ziff. 2a. Nach demselben Prinzip rechtfertigt sich die Entscheidung folgenden historischen Rechtsfalls: Der König von Westphalen verschenkte das Gut Immichenhain an den Grafen von Fürstenstein; dieser verkaufte es an den Baron Boucheporn. Nach Vertreibung der Fremdherrschaft zog der Kurfürst von Hessen das Gut wieder ein. Der Gewährleistungsanspruch des Käufers wider seinen Verkäufer wurde für begründet erklärt. Die Ursache jener Regierungsmaßregel war zur Zeit des Kaufes schon vorhanden gewesen.

35) S. o. § 213 und §§ 323 ff. BGB. Dies ist aber keine Frage der Gewährleistung.

dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen, so versteht sich, daß er selbst weder unmittelbar[36]) noch mittelbar[37]) eine Störung desselben veranlassen darf[38]).

Gleichgültig ist in allen diesen Fällen, ob ein Verschulden des Verkäufers vorliegt[39]). Daher haftet er z. B. auch, wenn er eine gestohlene Sache verkaufte, gleichgültig ob sein Irrthum entschuldbar war; und für eigene Störung hat er unbedingt einzustehen[40]).

4. Dagegen fällt jede Verantwortlichkeit des Verkäufers hinweg, wenn der Rechtsmangel dem Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt war[41]). § 439 Abs. 1. Für eine spätere Erkenntniß[42]) oder die bloße Erkennbarkeit des Rechtsmangels zur Zeit des Kaufabschlusses gilt dies nicht. Denn der Verkäufer ist über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts zur Auskunft verpflichtet[43]). Kennt aber der Käufer den Rechtsmangel positiv[44]), so kann er sich nicht einmal auf arglistiges Verschweigen des Verkäufers berufen, weil die Arglist ihm nach Lage der Sache keinen Schaden brachte.

Anderseits wird die Kenntniß des Käufers von Pfandlasten des Kaufgegenstandes[45]) ausdrücklich für unerheblich erklärt. § 439 Abs. 2. Es gilt als selbstverständlich, daß der Verkäufer diese Lasten zu beseitigen habe[46]). — In anderen Fällen kann wenigstens die beiderseitige Kenntniß der Rechtsmängel den gleichen Sinn haben[47]).

---

36) Z. B. nach Verkauf aber vor Abtretung der Forderung nimmt der Verkäufer noch Zahlung auf die Forderung an oder erläßt sie.

37) Daher haftet er z. B. auf Gewährleistung, wenn er nach dem Verkauf eine Enteignung des verkauften Grundstücks zu seinen Gunsten erwirkte.

38) S. über den Inhalt der Gewährleistungspflicht unten § 219.

39) Die Gewährleistungspflicht ist in diesem Sinne eine absolute. Die betreffenden Umstände sind vom Verkäufer nach dem Sprachgebrauch des § 275 BGB. zu vertreten.

40) S. z. B. den Fall der Note 36 u. 37.

41) Diese Kenntniß hat der Verkäufer zu beweisen, um seine Haftpflicht abzulehnen.

42) Sie hatte auf die Kaufbedingungen keinen Einfluß mehr. Insbesondere ist gleichgültig die Kenntniß zur Zeit der Uebereignung oder Abtretung des verkauften Rechts.

43) S. § 444 BGB. Der Käufer braucht keine besonderen Erkundigungen einzuziehen. Dagegen fällt es ihm zur Last, wenn er die vom Verkäufer gegebene Auskunft ignorirt, z. B. die übermittelten Urkunden nicht liest. Aber zum Grundbuchamt braucht sich der Käufer nicht zu begeben, um sich die Kenntniß der eventuellen Belastungen des Kaufgrundstücks zu verschaffen.

44) Ein solches Kennen ist auch dann vorhanden, wenn bewußtermaßen sog. zweifelhafte Forderungen verkauft sind. S. o. Ziff. 2 Note 22.

45) Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, einschließlich der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte, sowie Mobiliarpfandrechte. Einschließlich auch der rückständigen Leistungen aus diesen Rechten.

46) Falls sie nicht auf den Kaufpreis übernommen sind.

5. Geräth der Verkäufer mit den zur Rechtsverschaffung zunächst erforderlichen Handlungen in Verzug, so gelten entsprechend dieselben Regeln wie beim Verzug der Uebergabe[48]). Arg. §§ 326, 440 Abs. 1 BGB.

§ 219.

β. Fortsetzung. Rechtsgewährleistung des Verkäufers.

Weitere Regeln sind durch die Möglichkeit bedingt, daß die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht von Seiten des Verkäufers erst nachträglich hervortritt. Derselbe hat formell gültig übereignet oder abgetreten ꝛc. Erst nachträglich stellt sich heraus, daß er Nichteigenthümer der verkauften Sache oder letztere belastet war, oder daß die abgetretene Forderung nicht bestand.

In dieser Hinsicht erschöpft sich die Verpflichtung des Verkäufers keineswegs darin, dem Käufer Schadensersatz zu leisten, wenn diesem das Kaufobjekt in Folge des Rechtsmangels von einem Dritten ganz oder theilweise[1]) abgestritten ist, oder der Drittschuldner seine Befreiung erstritten hat[2]). Denn der Verkäufer hat seiner Verpflichtung zur Rechtsverschaffung schon dann nicht genügt, sobald sich herausstellt, daß an dem verkauften Rechte etwas fehlt. Anderseits

---

47) Aber auch nicht. Z. B. es kann ein gegen die guten Sitten verstoßender und darum nichtiger Kauf vorliegen (so, wenn der Hehler wissentlich dem Dieb die gestohlenen Sachen abkauft). — Ueber einen Verzicht des Käufers auf Gewährleistung s. u. § 219 Ziff. 5.

48) S. o. § 217 Ziff. 4. Fällt doch bei Mobilien, wie wir sahen, der Akt der Uebergabe und Rechtsverschaffung regelmäßig zusammen. Entsprechend ist der Fall zu behandeln, da der Verkäufer z. B. die von seiner Seite erforderlichen Auflassungserklärungen, die Beseitigung der auf die Kaufsache eingetragenen Pfandlasten, die Löschung anderer nicht mehr bestehender Rechte (§§ 435, 439 Abs. 2) unterläßt.

1) Einschließlich des Falles, daß beschränkende Rechte Dritter (Lasten) als darauf ruhend dargethan werden.

2) In dieser Beschränkung hielt sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers im röm. Recht. Vgl. tit. Dig. 21, 2 und Cod. 8, 45 de evictionibus. Der Verkäufer haftete für Eviktion, d. h. für das rechtliche Abstreiten des Kaufgegenstandes durch einen Dritten auf Grund seines besseren Rechts. Diese Haftung trat erst nach durchgeführter Abstreitung des Kaufgegenstandes ein und ging auf Schadensersatz (das volle Interesse). Voraussetzung war ferner, daß der Käufer im Abstreitungsprozeß seinem Verkäufer den Streit verkündet hatte (im Sinne des § 73 CPO.): weil der Verkäufer, der über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts regelmäßig besser unterrichtet ist als der Käufer, sonst einwenden konnte, daß es unter seinem Beistand gar nicht zur Eviktion gekommen wäre. — Alles dies erklärt sich aus dem röm. Fundamentalsatze des Kaufs, wonach dem Käufer nicht das Vollrecht an dem verkauften Gegenstande, sondern nur das habere licere zu gewähren war (s. o. § 211 Ziff. 3 Note 16). Ob dieses — das dauernde Behalten und Genießenkönnen — wirklich gewährt war, mußte in der That der Erfolg lehren!

wäre es unzweckmäßig, den Käufer alsdann in seiner unsicheren Lage zu belassen, bis sich entscheidet, ob die beschränkenden Rechte geltend gemacht werden. Vielmehr hat der Verkäufer nicht oder nicht ordnungsmäßig erfüllt, und die Rechte des Käufers gegen ihn sind daher grundsätzlich dieselben wie bei sonstiger vollständiger oder theilweiser Nichterfüllung[3]). § 440 Abs. 1 BGB.

Im Einzelnen ergibt sich

1. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann nur in Anspruch genommen werden, wenn dem Käufer wirklich Gefahr droht, das Kaufobjekt infolge eines Mangels im Rechte des Verkäufers zu verlieren, oder es nur unter Beschränkungen[4]) oder mittelst besonderer Aufopferungen[5]) zu behalten. Ob diese Gefahr vorliegt, ergibt sich nicht etwa aus der Geneigtheit Dritter, mit ihren Ansprüchen auf das Kaufobjekt hervorzutreten, sondern aus der rechtlichen Natur der Sachlage. Es handelt sich darum, ob der vorhandene Rechtsmangel des Verkäufers nach dem Satze: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet auf den Käufer fortwirkt[6]). Wo dies nicht der Fall ist, vielmehr auf Grund des guten Glaubens im Verkehr ꝛc. Rechte von einem Nichtberechtigten erworben werden können[7]), schadet dem Verkäufer sein Rechtsmangel gegenüber dem Käufer nicht, weil letzterem auf Grund des Mangels nichts abgezogen wird. Für die Rechtsordnung gilt gleich, warum er keinen Schaden leidet[8]).

Droht die Entwährungsgefahr in Wirklichkeit, so fällt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auch nicht deshalb hinweg, weil das Kaufobjekt vor Eintritt der Entwährung zufällig zu

3) S. o. §§ 169 ff., 216 Ziff. 3.

4) Wenn der Kaufgegenstand mit Rechten Dritter belastet ist ꝛc.

5) Z. B. durch Auskauf der betreffenden Rechte Dritter. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers besteht aber auch, wenn Käufer den Dritten beerbt oder von ihm beerbt wird. Denn hier bedurfte es des Kaufs nicht, um den Gegenstand zu erlangen. Der Kaufpreis ist fruchtlos ausgegeben. Ebenso muß man entscheiden, wenn der Dritte dem Käufer den Gegenstand schenkt oder vermacht. S. über Alles dies schon l. 29 pr., l. 41 pr. § 1 Dig. de evict. 21, 2; l. 13 § 15 Dig. de A. E. V. 19, 1. Ebenso § 440 Abs. 3 BGB., der einen keineswegs blos auf bewegliche Sachen zu beschränkenden Grundsatz enthält.

6) S. darüber im Allgemeinen oben Bd. I § 71 Ziff. 4b. Ueber die Fälle der möglichen Rechtsableitung von einem Nichtberechtigten s. daselbst Note 13.

7) Vor Allem durch Auflassung gemäß § 892; durch Uebergabe gemäß §§ 932 ff. BGB. an den gutgläubigen Käufer, soweit die Kaufsache nicht gestohlen oder verloren ist. Hier kommt es auf den guten Glauben zur Zeit der Auflassung oder Uebergabe an. Der gute Glaube zur Zeit des Kaufabschlusses genügt nicht! Näheres darüber im Sachenrecht.

8) Eine andere Frage ist, inwiefern sich der Dritte (der hier also sein Recht gegenüber dem Käufer verliert) auf Ausgleichung an den Verkäufer halten kann. S. §§ 812 ff., 823 ff. Dies ist keine Frage der Gewährleistung.

Grunde geht, selbst wenn der Käufer schon die Gefahr trug. Denn die Gefahrtragung bedeutet kein Einstehen für Umstände, die der Verkäufer zu vertreten hat[9]). Auf der anderen Seite ist zuzusehen, ob der Käufer mit Rücksicht auf die Zeit des Untergangs überhaupt noch Schaden leidet[10]).

2. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann schon dann in Anspruch genommen werden, sobald dem Käufer die sub Ziff. 1 erwähnte Gefahr droht, also sobald die Rechtsmängel hervortreten. Eine Geltendmachung der Rechte Dritter braucht der Käufer nicht abzuwarten.

Daraus ergibt sich auch der nächste Inhalt der Verpflichtung. Sie geht keineswegs blos auf Schadensersatz[11]), sondern in erster Linie auf Vermeidung der Beschädigung, also auf entsprechende Nachholung der Erfüllung. Was dazu gehört, kann im Einzelfalle verschieden sein[12]). Das Verlangen ordnet sich dem bekannten dreifachen Wahlrecht des Käufers bei Nichterfüllung[13]) als „erste Alternative" zwanglos ein. Selbstredend hat der Käufer auch das Recht, den Kaufpreis, sofern er nicht schon bezahlt oder im Voraus zu entrichten ist, einzubehalten: und zwar im ganzen (oben § 169 bezeichneten) Umfang[14]). Arg. § 320 BGB.

---

9) So o. §§ 168, 213, 218 Ziff. 3. Vgl. Cosack § 125 Ziff. V. Das gestohlene Bild wird vom Diebe verkauft und verbrennt nach der Uebergabe beim gutgläubigen Käufer. Der Dieb ist auch jetzt noch nach Entdeckung des Diebstahls dem Käufer zur Gewährleistung verpflichtet. Dagegen ist abzulehnen die weiter gemachte Ausnahme. Danach soll für den unterschlagenen Pelz, welcher an den gutgläubigen Käufer versendet wird und auf dem Transporte verloren geht, keine Gewährleistung stattfinden, vielmehr der Kaufpreis zu zahlen sein. Denn wenn der Pelz nicht verloren gegangen wäre, würde der Käufer (nach § 932 BGB.) das Eigenthum daran erworben haben! Diese Entscheidung verletzt das Rechtsgefühl. Wir werden sagen müssen: Der Käufer hat in Wirklichkeit den Besitz nie erlangt, ist also immer der Entwährungsgefahr ausgesetzt geblieben. Nach dem Kausalitätsgesetz (oben Bd. I § 108 zu Note 6) kommt es nicht darauf an, was einmal hätte sein können, sondern was wirklich ist. Die Evictionsgefahr bestand in beiden Fällen, als die Sache unterging. Beide Fälle sind daher übereinstimmend zu entscheiden.

10) Ist dies nicht der Fall, so ist geradeso zn entscheiden, wie wenn der Käufer z. B. durch das Hand=wahre=Handprinzip das Vollrecht erlangt hätte. Die Gewährleistungsfrage wird, wenn sie nicht zur Erledigung kommt, dadurch schließlich einmal abgethan. Z. B. Jemand kauft ein Thier, nutzt es bis zu dessen natürlichem Tode und erhebt dann Gewährleistungsansprüche, weil es dem Verkäufer nicht gehört hatte. Dies ist unzulässig. So auch Dernburg § 181 Note 5.

11) Wie im röm. Recht. S. o. Note 2.

12) S. u. Ziff. 3 lit. a.

13) S. o. §§ 169 ff., 217 Ziff. 4. Oft handelt es sich nur um eine theilweise Nichterfüllung, deren Folgen schon an den cit. Stellen vorgesehen sind.

14) S. daselbst insbesondere bei Note 10 u. 35.

3. Im Uebrigen gilt:

a) Der Käufer kann auf Nachholung der Erfüllung bestehen soweit diese noch möglich ist, und daneben Schadensersatz verlangen[15]). Die Nachholung besteht in nachträglicher Rechtsverschaffung, z. B. Abkauf der Rechte des Dritten[16]). Anderseits kann der Verkäufer auch die prozessualische Vertheidigung des Käufers in dessen Rechtsstreit mit dem Dritten übernehmen[17]) und auf diesem Wege die Entwährungsgefahr beseitigen[18]).

b) Der Käufer kann aber auch (vorbehaltlich der eventuell[19]) dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist) die Nachholung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hierzu ist zu bemerken.

α. Von diesem Anspruch kann nur dann die Rede sein, wenn dem Käufer aus der Nichterfüllung ein Schaden entstanden ist[20]). Daraus folgt: Ist beim Verkaufe eines Grundstücks, welches dem Käufer übergeben worden war, der letztere im ungestörten Besitz und Genuß des Grundstücks verblieben, so erleidet er insoweit gar keinen Schaden. Sein Schaden besteht in der etwaigen Unmöglichkeit, das Grundstück weiter zu veräußern, oder in rechtlicher Beunruhigung durch Dritte. Verlangt er nun dieserhalb Ersatz[21]), so ist die Sache damit keineswegs erledigt, denn die betreffenden Nachtheile werden immer von Neuem entstehen. Die definitive Erledigung der Sache setzt entweder voraus, daß dem Käufer das volle Recht verschafft wird[22]) oder daß er das Grundstück gegen vollen Ersatz zurückgibt[23]).

---

15) Z. B. für die Kosten des Rechtsstreits mit dem Dritten 2c. Im Uebrigen ist wegen des Schadensersatzes das oben § 217 Ziff. 4a Gesagte zu vergleichen.

16) Je nachdem Abkauf des ganzen Rechts oder Ablösung der Lasten, welche von dem Dritten auf den Kaufgegenstand geltend gemacht werden können.

17) Neben dem letzteren. Also als Nebenintervenient im Sinne der §§ 66 ff. CPO. So würde sich die röm. Gewährung des habere licere an den Käufer modern umgestalten!

18) Die Befugniß zur Intervention ergibt sich aus der andernfalls eintretenden Regreßpflicht des Verkäufers. — Wegen Streitverkündung s. u. Ziff. 4.

19) Falls die Nachholung noch möglich ist und das Geschäft nicht in Folge des Verzugs jedes Interesse für den Käufer verloren hat. §§ 325, 326 Abs. 2 BGB. — Selbstverständlich darf auch die mangelnde Rechtsverschaffung nicht am Käufer selbst liegen (§ 324 eod.) 2c.

20) S. o. § 217 Ziff. 4b. — Beim Verkauf einer Forderung, die nicht besteht, deckt sich der Schaden nicht nothwendig mit dem Nominalbetrag der Forderung. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 107.

21) Was nach den allgemeinen Grundsätzen allerdings auch zulässig ist.

22) Das ist der Anspruch oben sub lit. a.

23) Entsprechend dem § 440 Abs. 2 verbis: „oder sie dem Verkäufer zurückgewährt". — Hatte der Käufer das Grundstück einem Dritten übergeben

Wurde dagegen dem Käufer infolge des Rechtsmangels der Besitz und Genuß des Grundstücks abgestritten[24]), so kann er den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen seinen Verkäufer sofort erheben[25]). Denselben Anspruch hat er[26]), auch wenn er den Dritten (Inhaber des besseren Rechts) beerbte oder von ihm beerbt wurde, ihm seine Rechte abkaufte oder das Grundstück von ihm geschenkt oder vermacht erhielt[27]) oder wenn letzteres unterging[28]).

β. Bei dem Verkauf beweglicher Sachen hat das Gesetz besonders darauf Bedacht genommen, daß der Käufer nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhalten und die Sache zugleich genießen soll. § 440 Abs. 2—4. Ebenso beim Verkauf von Rechten an Sachen, die zu deren Besitz berechtigen. § 441. Es kann also hier Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangt werden, wenn der Käufer die ihm übergebene Sache entweder

dem Verkäufer zurückgibt bezw. ihm den etwaigen Herausgabeanspruch wider Dritte (z. B. Miether, Entleiher, Verwahrer der Sache) abtritt[29]), oder

die Sache dem wahren Berechtigten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgegeben hat[30]), oder

wenn Käufer den wahren Berechtigten beerbt, von ihm beerbt wird, ihm seine Rechte abkaufte oder sie von ihm geschenkt oder vermacht erhielt 2c., oder wenn die Sache unterging[31]).

c) Schließlich kann der Käufer (vorbehaltlich der dem Verkäufer

---

(z. B. es vermiethet oder verpachtet), so wird es genügen, wenn er an Stelle körperlicher Rückgewähr seinen Herausgabeanspruch dem Verkäufer abtritt. Arg. § 440 Abs. 4 (da diese Lösung mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt). Vgl. §§ 281, 323 Abs. 2, 325, 351 BGB.

24) Dem steht gleich, wenn er das Grundstück dem Dritten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgibt.

25) Arg. § 325 Abs. 1 Satz 1. Denn die Erfüllung ist dem Verkäufer unmöglich geworden. Dies entspricht dann auch dem ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes für bewegliche Sachen in § 440 Abs. 2 verbis: „wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat."

26) Nach den Grundsätzen sub Ziff. 1.

27) S. o. bei und in Note 5.

28) S. daselbst zu Note 9—10. — Das Resultat ist, daß die meisten in § 440 Abs. 2—4 BGB. für bewegliche Sachen ausgesprochenen Regeln sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben und daher auch entsprechend auf Immobiliarverkäufe anzuwenden sind. (Der Unterschied vom röm. Eviktionsrecht tritt gleichwohl klar hervor).

29) S. § 440 Abs. 2 u. 4 u. oben Note 23.

30) § 440 Abs. 2. — Freiwillig oder auf Grund einer Abstreitung im Eviktionsprozeß (wie oben).

31) § 440 Abs. 2 u. 3. — Entsprechend den Regeln sub Ziff. 1 oben, insbesondere zu Noten 5 u. 9.

eventuell zu gewährenden Nachfrist) einfach vom Kaufgeschäft zurücktreten. Hier muß er nach den Regeln des Rücktrittsrechts den Kaufgegenstand zurückgeben, es sei denn, daß er ohne sein Verschulden dazu außer Stande ist[32]).

4. Bei Geltendmachung aller dieser Rechte hat der Käufer auf Erfordern den behaupteten Rechtsmangel zu beweisen. § 442 BGB.[33]). Dies thut er z. B. durch Bezugnahme auf das Grundbuch oder Schiffsregister, in welchem die kollidirenden Rechte eingetragen sind; im Uebrigen durch Verweisung auf den Dritten selbst, sofern dieser mit seinen Ansprüchen wider den Käufer hervortritt. Hier kann der Käufer gegen den Verkäufer erst dann durchdringen, wenn das bessere Recht des Dritten feststeht. Doch genügt es, wenn der Beweis dem Verkäufer gegenüber erbracht wird[34]). Das einfachste Mittel ist, dem Verkäufer von den Ansprüchen des Dritten Mittheilung zu machen und ihm anheimzugeben, Thatsachen vorzubringen, aus denen das bessere Recht des Käufers folgt[35]). Hat der Dritte schon Klage erhoben, so geschieht dies durch Streitverkündigung[36]). Dieselbe ist nicht nothwendige Voraussetzung des Rechts auf Gewährleistung[37]), aber ein wichtiges Sicherungsmittel für den Käufer[38]).

5. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann vertragsmäßig über das obige Maß hinaus verschärft[39]) oder unter dasselbe herabgemindert werden[40]). Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch

---

32) Andernfalls ist der Rücktritt überhaupt ausgeschlossen. S. §§ 350 ff. BGB. und oben §§ 170 Note 50, 171 Note 16, 174 ff.

33) Zum Zweck der Einhaltung des noch nicht gezahlten Kaufpreises muß er, da der Verkäufer prima facie zu leisten bereit ist, wenigstens den Mangel bezeichnen, der ihm Gefahr droht.

34) S. o. Ziff. 2. Also der Ausgang des Rechtsstreits mit dem Dritten ist nicht abzuwarten.

35) Vgl. o. Ziff. 3 a.

36) §§ 72 ff. CPO.

37) Wie im gemeinen Recht (wenigstens nach der zuletzt herrschenden Meinung) s. o. Note 2.

38) Denn wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig benachrichtigt ist oder von selbst (nach § 66 CPO.) am Prozeß als Nebenpartei theilgenommen hat, kann er dem Käufer gegenüber einwenden, daß dessen Rechtsstreit gegen den Dritten unrichtig entschieden sei. Er selbst (Verkäufer) sei in der Lage gewesen, Thatsachen vorzubringen, aus denen das bessere Recht des Käufers folge, und an der Geltendmachung dieser Thatsachen sei er durch das Verhalten des Käufers verhindert. Vgl. §§ 68, 74 Abs. 3 CPO. Der Käufer müßte dann die Richtigkeit der im Eviktionsprozeß gefällten Enscheidung auch gegenüber dem Verkäufer darthun.

39) Z. B. durch das Versprechen der Beseitigung von Lasten des Kaufobjekts, die dem Erwerber bekannt sind (über die in § 439 Abs. 2 BGB. genannten hinaus).

40) Z. B. durch die Abrede, daß die in § 439 Abs. 2 genannten Lasten vom

(indirekt) aus dem gesammten Vertragsinhalt ergeben[41]). Doch ist der Ausschluß oder die Herabminderung der Haftung nichtig in Ansehung eines Rechtsmangels, welchen der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat[42]). § 443 BGB.

Kraft Gesetzes findet keine Gewährleistung statt bei Verkäufen auf Grund einer Pfändung oder Beschlagnahme im Zwangsvollstreckungsverfahren. Wird also hier der Gegenstand der Zwangsvollstreckung dem Erwerber entwährt, so haftet weder der Schuldner noch der betreibende Theil (der Gläubiger). Beide konnten und wollten nur geben was vorhanden war[43]). S. § 806 CPO. und § 56 RG. über die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897.

d) Gewährleistung wegen Mängel der Sache*.

§ 220.

α. Gesichtspunkt und Allgemeines dieser Haftung.

In großem Umfang haftet der Verkäufer auch für thatsächliche Mängel der Kaufsache. Der Gesichtspunkt dieser Haftung ist aber ein ganz anderer als bei der Rechtsgewährleistung[1]).

1. Zunächst beschränkt sich diese Haftung auf die Mängel von Sachen. Denn bei verkauften Rechten handelt es sich nur um deren Bestand. Die Haftung hierfür fällt unter den Gesichtspunkt der Rechtsgewährleistung[2]). Für die faktische Beitreibbarkeit des Rechts wird regelmäßig gar nicht gehaftet[3]). Die §§ 459 ff. BGB. reden daher mit Absicht nur von Mängeln der „Sache".

Verkäufer nicht beseitigt, sondern vom Käufer auf den Kaufpreis übernommen werden sollen. S. über diese im Leben besonders häufige Abmachung schon oben § 204.

41) Z. B. beim Ankauf zweifelhafter Forderungen ꝛc. um geringe Summen. S. o. § 218 Note 21.

42) Dies ist altes Recht. Vgl. über das sog. pactum de non praestanda evictione und seine Nichtigkeit im Falle des dolus schon l. 6 § 9, l. 11 § 18 i. f. Dig. de A. E. V. 19. 1, Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 137 ff. S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2b.

43) Anderseits wird bei einer Zwangsversteigerung der Ersteher durch das Gesetz gegen Entwährung besonders geschützt. S. § 935 Abs. 2 BGB.

*) Vgl. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare (1883—1887); Eccius in d. Beitr. zur Erl. d. deutschen Rechts Bd. 43 S. 305; Kloß im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 273.

1) Aeußerlich geht die sog. faktische Gewährleistung der Rechtsgewährleistung parallel. S. auch oben § 173.

2) S. o. § 218 Ziff. 2.

3) S. daselbst. — Wird die Haftung besonders übernommen, so besteht sie nach Inhalt der Abrede.

2. Bei Sachmängeln läßt sich nicht immer davon reden, daß der Verkäufer nicht erfüllt habe. Denn diese Sache hatte er zu liefern versprochen[4]), und dieses Versprechen hat er erfüllt.

Allerdings können auch solche Mängel im gegebenen Falle eine Nichterfüllung des Vertrages darstellen; wenn nämlich

a) der Verkäufer die Abwesenheit des Mangels besonders zugesichert hatte. Dann hat er gegen das bezügliche Versprechen verstoßen.

b) Ebenso ist es kontraktwidrig, wenn der Verkäufer bestimmte Mängel der Kaufsache, die er kennt, beim Handel dem unwissenden Käufer arglistig verschweigt oder verhehlt. Denn dies verstößt gröblich gegen die nach Verkehrsgrundsätzen zu erwartende Redlichkeit und Treue. Diese Fälle sind besonders ausgezeichnet[5]).

c) Endlich läßt sich beim Gattungskauf, da dieser regelmäßig auf Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte der betreffenden Gattung geht[6]), die Auffassung rechtfertigen, daß eine Lieferung mangelhafter Sachen keine Vertragserfüllung sei. Daher erfährt auch dieser Fall eine besondere Regelung[7])[8]).

3. Soweit hiernach aber auch immerhin von Seiten des Verkäufers

---

4) Im Sinne der §§ 216 ff. oben war diese Sache zu übergeben und zu übereignen. Die betreffende Verpflichtung hat Verkäufer erfüllt. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, geht z. B. aus den Motiven Bd. 2 S. 224 hervor. Fehlerlose Lieferung ist nicht stets als stillschweigend versprochen anzusehen. Ebenso Berndorff, Gattungsschuld S. 87 (der aber für den Fall der Gattungsschuld zu weit geht) und das Anerkenntniß bei Emerich S. 69 Note 1. Wenn letzterer das Gegentheil daraus herzuleiten sucht, daß Käufer die Annahme der fehlerhaften Sache verweigern darf, so ist dies völlig verfehlt. Das Weigerungsrecht beruht nicht auf der allgemeinen exc. non adimpleti contractus, sondern auf den Gewährleistungsansprüchen selbst, die auch gegen die Lieferung geltend gemacht werden können. Vgl. u. § 222 Note 2.

5) Diese beiden offenbaren Kontraktwidrigkeiten hatte denn auch die Rechtsordnung am frühesten getroffen und reprobirt. Schon das alte röm. Civilrecht gab ihretwegen die Klage aus dem Kaufgeschäft (die actio emti), und auch seither nahmen sie immer eine Sonderstellung ein. Vgl. l. 13 pr. Dig. de A. E. V. 19, 1; §§ 460 i. f., 463, 480 Abs. 2 BGB. — Zwar kann der Käufer wegen der Arglist regelmäßig den Kauf auch nach § 123 BGB. anfechten (s. o. Bd. I § 95) und das negative Vertragsinteresse fordern. Aber wie er historisch schon immer das positive Erfüllungsinteresse verlangen konnte, so empfahl sich die Beibehaltung dieses Anspruchs auch noch heute, schon im Interesse der Verkehrssicherheit (§ 463 BGB.).

6) S. § 243 BGB. u. oben die Lehre von der Gattungsschuld.

7) S. § 480 BGB. u. unten Ziff. 4 u. weiter.

8) Sind die mangelnden Eigenschaften der Kaufsache von der in § 119 Abs. 2 BGB. bezeichneten Art, so kann der Käufer das Kaufgeschäft anfechten. S. o. Bd. I § 94 zu Note 17 ff. — Gegebenenfalls kann er aber auch, statt anzufechten, Gewährleistung verlangen. Doch ist nicht gesagt, daß dieselbe Eigenschaft der Sache stets nach beiden Richtungen verwerthbar ist.

Erfüllung vorliegt, soll die Lieferung mangelhafter Sachen doch nicht ganz verantwortungslos für den Verkäufer sein, selbst wenn die Mängel verborgen, also auch dem Verkäufer bei dem Vertragsschluß nicht bekannt waren. Die Billigkeit verlangt, daß auch verborgene Mängel der Kaufsache, wenn sie nur hinreichend erheblich sind und binnen kurzer Frist nach dem Kaufabschlusse hervortreten, dem Verkäufer zur Last fallen. Denn dieser ist zur Erkenntniß der Mängel eher in der Lage als der Käufer, welchem die Sache gänzlich fremd war. Weil aber der Verkäufer den Mangel nur hätte kennen sollen, ihn nicht nothwendig wirklich gekannt hat, fällt der Schaden auch nur in eigenthümlich beschränktem Umfang auf den Verkäufer zurück.

Dies war römisches und altes deutsches Recht. Nur die Ausgestaltung war verschieden. Das deutsche Recht berücksichtigte in roher Weise nur einzelne besonders schwere Mängel der Kaufsache[9]). Der Mangel mußte binnen bestimmter kurzer Frist nach dem Vertragsabschlusse hervorgetreten sein und gerügt werden[10]); dann konnte seinetwegen der Käufer die Sache zurückgeben (den Kauf „wandeln").

Viel feiner entwickelte sich das System auf dem römischen Weltmarkt[11]). Nicht für besonders klassifizirte, sondern für alle verborgenen Mängel[12]) der Kaufsache[13]) ohne Rücksicht auf deren Ueberlieferung[14]) muß der Verkäufer einstehen. Allerdings verjährten die ädilicischen Ansprüche binnen kurzer Zeit[15]), dauerten aber doch erheblich länger als die deutschrechtliche Gewährfrist; außerdem waren sie mannigfaltiger: sie gingen auf Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder auf Preisminderung[16]). Denn nicht wegen jeden Mangels verlohnt es sich,

9) Sog. Hauptmängel. § 482 BGB. Unser Gesetz folgt diesem System beim Viehkauf.

10) Ueber die sog. Gewährfristen beim Viehkauf s. § 482 BGB.

11) Nach dem Edikte der Aedilen. Die von ihnen neben den Ansprüchen aus dem Civilrecht wegen Kontraktwidrigkeiten (s. o. Note 5) gewährten Klagen werden daher gewohnheitsmäßig die ädilicischen Ansprüche des Käufers genannt. Vgl. tit. Dig. de aedilic. edicto 21, 1 u. Cod. de aedilic. act. 4, 58.

12) Abgesehen von Kleinigkeiten. Denn minima non curat praetor.

13) Außerdem haftete der Verkäufer nach dem ädilicischen Edikt für besonders angegebene Eigenschaften der Kaufsache (dicta et promissa). Es handelt sich dabei entweder um den Mangel zugesicherter Eigenschaften (dieser fällt heute unter die Kontraktwidrigkeiten oben Ziff. 2a) oder um Eigenschaften, die der Käufer nach § 221 Ziff. 1a (lit. β oder sogar schon lit. α am Ende) erwarten darf. Dann gibt ihr Mangel Anlaß zu Wandelung oder Minderung. — Vage oder marktschreierische Anpreisungen fielen schon römisch nicht unter die dicta et promissa (s. l. 19 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1).

14) Und den Ablauf einer Gewährfrist (s. o. Note 10).

15) Die actio redhibitoria in 6 Monaten; die a. quanti minoris in 1 Jahre. Vgl. l. 19 § 6, l. 38 pr., l. 48 § 2, l. 55 Dig. de aed. ed. 21, 1.

16) S. die beiden in der vor. Note genannten Klagen.

den Kauf aufzulösen. Geringere Mängel können sattsam durch einen angemessenen Nachlaß am Preise ausgeglichen werden.

In Deutschland ist man seit der Reception dem römischen System gefolgt. Nur beim Viehkauf erhielt sich vielfach das ältere Recht[17]). Unser Gesetz hat sich dieser Entwickelung angeschlossen[18]). Wir werden die Behandlung der sog. „Viehmängel" am Schluß der Lehre folgen lassen[19]).

4. Liegen die Ziff. 2 erwähnten Kontraktwidrigkeiten vor, so muß man konsequent dem Käufer die soeben erwähnten ädilicischen Ansprüche auch zugestehen. Dies rechtfertigt sich durch ein arg. a maiori ad minus. Die ädilicischen Ansprüche gehen weniger weit als die Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung. Auch kann sich der Verkäufer nicht beschweren, wenn der Käufer das Gelieferte als Erfüllung gelten läßt und die Mängel der gelieferten Sachindividuen hervorhebt[20]).

Immerhin mußte das Nebeneinanderstehen so verschiedener Rechtsbehelfe eine gewisse Annäherung derselben untereinander herbeiführen[21]). Hieraus und aus anderen Gründen ergab sich in diesem Falle eine gewisse Beschränkung der Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung.

17) Beim Viehkauf handelt es sich hauptsächlich um Krankheiten der Thiere, die nicht sämmtlich Berücksichtigung finden können. Vielmehr sind einzelne Krankheiten rc. zweckmäßig herauszugreifen (als Hauptmängel). Außerdem empfiehlt sich hier die kurze Gewährfrist (berechnet nach der ärztlichen Wissenschaft über die sog. Inkubation der Krankheit), damit der Verkäufer nicht für Krankheiten verantwortlich gemacht wird, die nach dem Kaufe entstanden sind. Die Entscheidung dieser Frage für jeden einzelnen Fall wäre unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung. Es empfiehlt sich hier einfach auf Grund der thierärztlichen Erfahrung zu generalisiren. Endlich ist hier nur Wandelung des Kaufs, nicht auch Preisminderung zuzulassen, damit das Handeln über den Preis des Viehs nicht auf Grund angeblicher Mängel nach dem Kaufabschluß von vorn wieder anfängt. Ist der Mangel nicht erheblich genug, um zu wandeln, so soll er gar nicht berücksichtigt werden.

18) S. §§ 459 ff., 481 ff. BGB. Doch gilt das deutsche System nur für gewisse Thierarten, mit denen hauptsächlich Handel getrieben wird.

19) S. u. § 224.

20) Daher gab schon das röm. Recht beim Mangel zugesicherter Eigenschaften sowie bei Dolus des Verkäufers die Klage aus dem Kaufe (a. emti) und die ädilicischen Klagen nebeneinander. Beim Gattungskaufe war die Frage der Nebeneinandergeltung lange bestritten, wurde aber, wenn Waare der versprochenen Art geliefert war (gegen Thöl, Handelsr. I § 275, Windscheid § 394 u. A.), schließlich auch überwiegend bejaht. S. Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 98; Hanausek I S. 113. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 189, Bd. 12 S. 84.

21) Im röm. Recht handelte es sich um 3 Ansprüche: a. emti, a. redhibitoria und a. quanti minoris. Im heutigen Recht sind die Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung sein bekanntes dreifaches Wahlrecht: also einmal viel zahlreichere Rechte, und anderseits nicht durchweg Ansprüche! Der unterschiedslose Gebrauch aller dieser Befugnisse neben den ädilicischen Ansprüchen würde technische und andere Unzuträglichkeiten im Gefolge haben.

a) An sich würde der Käufer in erster Linie Nachholung des Versäumten[22]), also Beseitigung der Mängel fordern dürfen, sofern eine solche überhaupt möglich ist[23]). Doch verbietet sich eine solche, auch wenn sie möglich ist, hier häufig aus praktischen Rücksichten. Denn sie käme auf eine Reparatur der Sache heraus, welche dem Verkäufer nicht zuzumuthen ist. Er ist darauf meist gar nicht eingerichtet[24]). Nur beim Gattungskauf kann der Käufer an Stelle der mangelhaften Sache die Lieferung einer mangelfreien verlangen, weil dies ohne Reparatur (aus der betreffenden Gattung) stets möglich ist. § 480 Abs. 1 BGB. Doch wird dieser Anspruch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen[25]) zugelassen[26]), sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Wandelung: das gelieferte Sachindividuum soll nach deren Regeln gegen ein anderes mangelfreies umgetauscht werden können[27]).

b) In zweiter Linie kann regelmäßig Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden[28]). Dieses Recht hat denn auch in der That der Käufer beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache oder bei Arglist des Verkäufers. § 463 BGB. Dagegen bei Gattungskäufen nicht generell[29]), sondern wiederum nur dann, wenn der Verkäufer Eigenschaften der Sache zugesichert oder Fehler arglistig verschwiegen hatte. § 480 Abs. 2. Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[30]). Die Gewährung einer Nachfrist zur Beseitigung des Mangels an den Verkäufer findet nicht statt.

c) Schließlich könnte noch Rücktritt vom Kaufgeschäft in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften[31]) in Frage kommen. Doch ist davon

---

22) Nebst Schadensersatz.

23) Entsprechend oben §§ 217 Ziff. 4a, 219 Ziff. 3a.

24) Anders beim Werkvertrage (§ 633 Abs. 2 BGB.), wo die gelieferte Sache überhaupt angefertigt wurde. — Hierdurch wird jedoch nicht ausgesprochen, daß der Verkäufer nicht unter Umständen durch freiwillige rechtzeitige Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Käufers ausschließen kann. S. auch Motive II S. 227; Cosack § 127 V Ziff. 2.

25) Resp. dem näheren Inhalt des Kaufgeschäfts.

26) Es wäre denn das gelieferte Individuum gar nicht ein solches aus der Gattung, auf die sich das Kaufgeschäft bezog. So auch Cosack § 127 Ziff. VI.

27) Namentlich nur innerhalb der kurzen Frist, die für die Wandelung gegeben ist 2c. S. noch unten § 222 Ziff. III.

28) S. o. § 219 Ziff. 3b.

29) Dies wäre zu hart für den Verkäufer und stände im Mißverhältniß zu seiner Haftung bei Spezieskäufen.

30) Nicht blos auf das negative Vertragsinteresse. Nicht auf Naturalrestitution. S. o. lit. a; § 222 Ziff. II.

31) Entsprechend oben §§ 217 Ziff. 4c, 219 Ziff. 3c u. s. w.

wegen der Gleichheit des Ergebnisses mit der Wandelung[32]) keine Rede mehr[33]).

5. Das Resultat des Gesagten ist:

Im Allgemeinen hat der Käufer wegen der hier besprochenen Sachmängel das wahlweise Recht auf 1. Wandelung des Kaufs oder 2. Minderung des Kaufpreises (§ 462). Liegt in der Lieferung einer mangelhaften Sache zugleich eine Kontraktwidrigkeit, so vermehrt sich das Wahlrecht des Käufers um die soeben erwähnten sonstigen Rechtsbehelfe, nämlich 3. bei arglistigem Verschweigen von Mängeln und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§§ 463, 480 Abs. 2), oder 4. bei Gattungskäufen an Stelle der mangelhaften Sache auf der Nachlieferung einer mangelfreien zu bestehen (§ 480 Abs. 1).

Es hat also hier der Käufer nach den Umständen ein zwei- bis vierfaches Wahlrecht[34]), oder besser: ebensoviele Ansprüche[35]), die in einem Alternativverhältniß zueinander stehen[36]).

---

32) Vgl. § 467 BGB.

33) In der Litteratur herrscht Streit, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung kommen können. Schlechthin für die Verneinung sind insbesondere Eccius in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 43 S. 306 und Titze, Unmöglichkeit (1900) S. 277; mehr oder weniger vermittelnd Kipp zu Windscheid, Pand. § 395 S. 655, Emerich S. 69, Kisch, Nachträgl. Unmöglichkeit (1900) S. 194 ff. u. A. Grundsätzlich kann nur, soweit Nichterfüllung vorliegt, die Anwendung der allgemeinen Vorschriften in Frage kommen, darüber hinaus nicht. Soweit Nichterfüllung vorliegt, ist an sich konkurrirende Anwendung denkbar; sie ist aber selbstverständlich ausgeschlossen, soweit die lex specialis Schranken aufstellt, innerhalb deren sie die Mängelrüge allein zulassen will. Z. B. hat der Käufer den §§ 477, 478 BGB. nicht entsprochen, so kann er sich auf den Mangel nicht noch später aus § 325 ꝛc. berufen. Dagegen ist zulässig, sich auf die allgemeinen Grundsätze z. B. zu berufen, um a) den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, wenn er nach dem kritischen Zeitpunkt für die Mängelhaftung (s. u. § 221) der Sache noch einen Mangel zufügt (z. B. beim Transport der Sache an den Wohnort des Käufers), arg. § 325; oder b) um die Haftung des Verkäufers auszuschließen, wenn der Käufer die Beschädigung verursacht hat. Arg. § 324 (quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire: s. o. Bd. 1 § 111). Endlich kann c) der Käufer von Erhebung der Gewährsmängelansprüche abstehen und gegen entsprechende Zahlung des Kaufpreises, das für die Beschädigung der Sache dem Verkäufer geschuldete Surrogat verlangen. Arg. §§ 281, 323 Abs. 2, 325 BGB. Dies sind selbständige neben der Lehre von der Mängelgewähr stehende Sätze, deren Anwendung nicht einmal vollständige Unmöglichkeit der Leistung voraussetzt. Sie können daher neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung kommen.

34) Beim Viehhandel ein ein- bis dreifaches, da hier der Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegfällt. S. o. Note 17. Vgl. §§ 487, 481 (463), 491 BGB.

35) Für das Recht auf Schadensersatz und Nachlieferung einer mangelfreien Sache versteht sich die Anspruchsnatur von selbst. Für das Recht auf Wandelung oder Minderung s. die folgenden Ausführungen.

Es liegt die Frage nahe, warum unser Gesetz das Wandelungs- (resp. Preisminderungs-)recht des Käufers als Anspruch bestehen gelassen und nicht zu einem Rücktrittsrecht gestaltet hat, wie es dem Käufer doch bei offenbaren Kontraktwidrigkeiten[37]) seines Gegners zusteht[38]). Wir können sagen[39]), daß die Eigenartigkeit der betreffenden Rechte der einseitigen Erledigung durch den Käufer widerstrebt. Ob ein Sachmangel von der Art ist, daß man um seinetwegen den Kauf „wandeln" kann, wird regelmäßig unter den Parteien sehr streitig sein; unendlich mehr, ob und um wieviel deshalb „der Kaufpreis zu mindern sei". Kommt es zu keiner Einigung der Parteien, so kann nur das Gericht angerufen werden, welches im Urtheil das Detail festsetzt. Mit einseitigen Erklärungen ist hier nichts anzufangen.

6. Ein Verschulden des Verkäufers ist für die Haftung desselben wegen Sachmängel nicht erforderlich[40]). Im Gegentheil, die Hauptanwendung geht auf verborgene Mängel, die sich nachträglich herausstellen und dem Verkäufer beim Vertragsabschluß ebenso unbekannt waren als dem Käufer.

a) Dagegen entfällt jede Haftung des Verkäufers für Sachmängel, die der Käufer beim Vertragsabschlusse gekannt hat[41]). § 460 S. 1. Die Haftung wegen nicht besonders zugesicherter

36) Also es kann immer nur der eine oder der andere geltend gemacht werden; nicht (wie gewöhnlich, s. Bd. I § 121 Ziff. 3) nach Geltendmachung des einen nachträglich noch dasjenige, was der andere Anspruch darüber hinaus enthält. — Ebensowenig handelt es sich um ein Wahlschuldverhältniß (oben § 153).

37) S. o. Ziff. 4c u. z. B. §§ 217 Ziff. 4c, 219 Ziff. 3c. Um so mehr als nach § 467 BGB. nun doch wieder die meisten Vorschriften über das Rücktrittsrecht auf den Wandelungsanspruch angewendet werden.

38) Allerdings hat die historische Gestaltung als actio redhibitoria und quanti minoris (vgl. tit. Dig. 21, 1; Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 325ff., 331; Code Nap. Art. 1644; sächs. G.B. § 909 rc.) ein großes Gewicht. Aber letzteres war doch nicht immer maßgebend (z. B. nicht bei der Umgestaltung der actio quod metus causa, der actio Pauliana in Anfechtungsrechte rc.). Es fragt sich, warum nicht auch hier eine ähnliche Umgestaltung (Verwandelung des Anspruchs in ein einseitiges Rücktrittsrecht des Käufers) stattgefunden hat. Dies wurde in der II. Kommission in der That erwogen, schließlich aber abgelehnt. S. Prot. Bd. 1 S. 676ff. Gleichwohl ist man beim alten Recht nicht stehen geblieben, wie sich noch später zeigen wird. S. das. S. 680 u. unten § 222 Ziff. I.

39) Die Gründe der Kommission: daß die Auffassung als Anspruch möglich sei und das bestehende Recht nicht zu praktischen Unzuträglichkeiten geführt habe, sind dürftig. Dies paßt auch auf die oben Note 38 genannten und dennoch beseitigten Aktionen. Materieller Grund ist das im Text Gesagte. Dazu tritt der juristische, daß nach dem oben Ziff. 2 u. 3 Gesagten regelmäßig Vertragserfüllung vorliegt, also ein Rücktritt wegen Nichterfüllung nicht am Platze wäre.

40) Sowenig wie nach älterem Recht. S. o. Ziff. 3. Nur kann auf Arglist des Verkäufers eventuell der Anspruch vollen Schadensersatzes gestützt werden.

41) Entsprechend oben § 218 Ziff. 4. Diese Kenntniß hat nöthigenfalls der Verkäufer zu beweisen, um seine Haftpflicht auszuschließen.

Eigenschaften der Kaufsache[42]) fällt sogar schon dann weg, wenn der Käufer den Mangel beim Kaufabschluß[43]) ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können. Es wird also für offene oder offenbare Mängel regelmäßig gar nicht gehaftet: der Käufer hat sich die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn er die Sache gar nicht oder nur ganz oberflächlich ansah („Augen für Geld")[44]). Handelte es sich dagegen um zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache, so braucht der Käufer sie gar nicht zu prüfen, sondern darf der Zusicherung vertrauen[45]). Der Verkäufer haftet für solche Mängel nur dann nicht, wenn Käufer sie wirklich gekannt hat. Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Verkäufer gewisse Mängel arglistig verschwieg[46]). Denn ist selbst die Nachlässigkeit des Käufers, der sich die Sache nicht genügend ansah, eine grobe, so überwiegt doch immer die Arglist des Verkäufers[47]). § 460 S. 2 BGB.

b) Auf der anderen Seite gehen dem Käufer die Gewährleistungsansprüche verloren[48]), wenn er die mangelhafte Sache in Kenntniß der Mängel ohne Vorbehalt annimmt[49]). § 464. Doch kommt hier nur wirkliche Kenntniß, nicht einmal grobe Fahrlässigkeit in Betracht[50]). Die zur Erfüllung gelieferte Sache braucht sich also der

---

42) Also wegen Mängel der in § 459 Abs. 1 BGB. bezeichneten Art. Siehe darüber unten § 221.

43) Eine spätere Kenntniß ist gleichgültig, soweit nicht der Käufer darauf ohne Vorbehalt die Sache annimmt. S. u. lit. b. Spätere Erkennbarkeit der Mängel ist überhaupt gleichgültig. (Einmal müssen sie überhaupt zu Tage treten.)

44) Eine gründliche Untersuchung wird dem Käufer aber nicht (wie im Handelsrecht: § 377 HGB.) zur Pflicht gemacht. Es ist Thatfrage, wann die grobe Fahrlässigkeit beginnt.

45) Es sei denn, daß es sich um vage, z. B. marktschreierische Anpreisungen handelt, die gar nicht als ernsthafte Zusicherungen gelten (s. o. Note 13 i. f.), oder wenn sie so allgemein sind, daß sie das Vertrauen auf die Abwesenheit eines bestimmten Mangels nicht erwecken können.

46) Jedes Verhehlen des Mangels ist Verschweigen. Aber nicht jedes Verschweigen ist arglistiges Verschweigen. Nämlich dann nicht, wenn der Verkäufer annehmen konnte, der Mangel werde auch dem Käufer bekannt sein. Z. B. bei verschossenen Stoffen, die deshalb unter dem gewöhnlichen Preise abgegeben werden 2c. S. Crome im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 142.

47) Den Beweis der Zusicherung oder der Arglist des Verkäufers hat der Käufer replicando gegen den nach Note 41 wider ihn erbrachten Beweis der Kenntniß von den Mängeln zu erbringen.

48) Wo die Gefahr erst mit der Uebergabe oder Auflassung auf den Käufer übergeht, s. u. § 222 Note 2.

49) Diese Bestimmung ist ein nothwendiges Korrelat der vorigen. Ist die Uebergabe 2c. auch nicht der Kauf selbst, so spitzt sich das ganze Kaufgeschäft (als Zweckgeschäft) doch auf sie zu. Mängel, die hier ignorirt werden, sind auch auf das Zweckgeschäft nicht ferner geltend zu machen. Sie müssen als gedeckt angesehen werden (s. ähnlich § 313 BGB).

50) S. auch oben Bd. I § 109 zu Note 35. Motive Bd. 2 S. 230.

Käufer nicht weiter anzusehen. Er darf darauf vertrauen, daß sie seit dem Vertragsschluß unverändert sei[51]).

Hierzu ist zu bemerken:

α. Annahme in diesem Sinn ist Annahme zur Erfüllung[52]), also die von Seiten des Käufers erforderliche Erfüllungshandlung, nach deren Vornahme in Kenntniß der Mängel eine Rüge der letzteren wider Treu und Glauben verstoßen würde[53]). Dies ist bei beweglichen Sachen regelmäßig der Fall nach der Uebergabe und was ihr gleichsteht; bei Grundstücken nach der Uebergabe oder Auflassung, gleichgültig welcher dieser Akte zuerst erfolgt[54]).

β. Der Vorbehalt des Käufers bei der Annahme, durch den die Gewährleistungsansprüche gewahrt werden, ist einseitige dem Verkäufer oder seinem Vertreter gegenüber[55]) abzugebende Willenserklärung[56]). Doch ersetzt ein Vertrag der Parteien über die Behandlung der Mängel die einseitige Rechtsverwahrung des Käufers[57]). Die erfolgte Annahme ist vom Verkäufer, — der gemachte Vorbehalt vom Käufer zu beweisen[58]).

γ. Entdeckt der Käufer die Mängel erst nach der Annahme, so gehen ihm seine Gewährleistungsansprüche nach allgemeinen Grundsätzen nur verloren, wenn er auf ihre Geldentmachung verzichtet hat[59]). Ein solcher Verzicht kann auch aus indirekten Handlungen hervorgehen, vor Allem aus einem längeren Behalten, Benutzen oder Verbrauchen der Sache[60]). — Daß ein Verzicht des Käufers auf Ge-

---

51) Anders im Handelsrecht, das auch in dieser Beziehung dem Käufer die Untersuchung der Waare beim Empfang und unverzügliche Mängelrüge als Voraussetzung der Gewährleistungsansprüche auferlegt. §§ 377 ff. HGB. Dernburg § 189. — S. jedoch beim Viehhandel § 485 BGB. Auch durch Vertrag ist eine gegentheilige Bestimmung möglich.

52) Nicht zu anderen Zwecken, z. B. vorläufig zur Prüfung der Sache.

53) Daß dies der Sinn der Vorschrift des § 464 ist, geht aus den Motiven Bd. 2 S. 229 i. f. hervor. Ein Verzicht liegt keineswegs immer vor (er wäre eine reine Fiktion).

54) Entsprechend § 446 BGB. S. auch oben Note 49. Zustimmend Entsch. d. RG. in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 24 S. 955; Oertmann zu § 464 Note 2.

55) Dies ist aber keineswegs immer die Transportperson, welche die Waare überbrachte. Der Vorbehalt ist dem Verkäufer zu machen.

56) S. o. Bd. I § 88. Selbstredend kann der Käufer die mangelhafte Sache unter Umständen zurückweisen. S. o. Note 4, und bei kontraktwidriger Leistung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 215 Ziff. 4).

57) Z. B. wenn sich der Verkäufer erbietet, die Mängel zu beseitigen.

58) Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und der Satzkonstruktion in § 464.

59) Abgesehen von der Verjährung. S. u. § 223.

60) Es kommt auf die Umstände an. Z. B. wenn bei dringendem Bedürfniß andere Waare nicht rechtzeitig zu beschaffen ist, folgt aus dem Ver-

währleistung auch schon früher (vor der Annahme) erklärt werden kann, versteht sich von selbst[61]).

δ. Ebensowenig verliert der Käufer seine Rechte durch eine in Unkenntniß der Mängel erfolgte Annahme[62]). Aber er belastet sich durch sie mit dem Beweise der Unkenntniß. § 363 BGB.

7. Was den Beweis der Mängel selbst betrifft, so ist davon auszugehen, daß insoweit die Lieferung einer Sache mit Mängeln nicht als Kontraktwidrigkeit erscheint[63]), der Käufer den Mangel darzuthun und seine Ansprüche (auf Wandelung, Minderung) darauf zu stützen hat[64]). So ohne Weiteres bei Individualsachen, die ohne Zusicherung besonderer Eigenschaften verkauft sind (Spezieskäufen). Aber auch die Zusicherung besonderer Eigenschaften hat Käufer zu beweisen[65]), da er damit eine Nebenabrede des Vertrages behauptet; wogegen[66]) der Verkäufer den Beweis zu führen hat, daß die zu liefernde Sache jene Eigenschaften besitzt. Bei Gattungskäufen hat stets der Verkäufer die Vertragsmäßigkeit der zu liefernden Sachen darzuthun[67]). Anders in beiden Fällen, wenn der Käufer die Waare schon als Vertragserfüllung angenommen hatte[68]). § 363 BGB.

---

brauchen noch kein Verzicht. — Man sollte auch nicht als Rechtssatz aufstellen, daß nach Gebrauch oder theilweisen Verbrauch wenigstens keine Wandelung mehr zulässig sei. Häufig verbietet sie sich nach §§ 350 ff., 467 BGB. von selbst. Im Uebrigen entscheidet, ob Verzicht anzunehmen ist. S. hierzu Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung (1893) S. 127, 142 u. Cit.; Oertmann § 464 Note 4.

61) Doch bezieht der Verzicht sich nur auf solche Mängel, die Käufer bei seiner Erklärung kannte oder auf die er ohne Rücksicht auf die Kenntniß verzichten wollte. — Gegen arglistig verheimlichte Mängel kann der Verkäufer den Verzicht sowenig anführen, als einen vertraglichen Ausschluß der Mängelhaftung. S. § 476 BGB.

62) Im Gegensatz zum altdeutschen Recht.

63) S. o. Ziff. 2—4.

64) Es handelt sich um selbständige Ansprüche gegen das Kaufgeschäft. Diese sind selbständig zu begründen und zu beweisen. Zustimmend Cosack § 127 VII Ziff. 1, wenngleich nur mit formaler Begründung (aus der negativen Fassung des § 459 BGB.). Es ist nicht zutreffend, wenn Dernburg § 184 Ziff. V sagt, der Beweis des Nichtvorhandenseins von Mängeln liege dem Verkäufer ob, da er vertragsmäßige Erfüllung darzuthun habe. Diese hat er dargethan, indem er die verkaufte Sache lieferte.

65) Die Zusicherung, — nicht die Lieferung mit diesen Eigenschaften (s. u.). Richtig Dernburg a. a. O. Note 13. Hat der Kläger die Vereinbarung über Waare und Preis bewiesen, so ist der Kauf abgeschlossen, der hierauf gestützte Klageantrag begründet. Ebenso Oertmann § 459 Note 7.

66) Wenn die Klausel feststeht.

67) In beiden letzteren Fällen hat der Verkäufer darzuthun, daß er vertragsmäßig erfüllt habe. Die Beweislast des Verkäufers ist wohl unbestritten.

68) Wegen des darin liegenden Anerkenntnisses. S. o. § 169 gegen Ende u. § 182 Ziff. 1.

Daß der Käufer, soweit er seine Ansprüche auf Arglist des Veräußers stützt, die behauptete Arglist beweisen muß, versteht sich von selbst[69]).

8. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann vertragsmäßig über das im Obigen vorgesehene Maß hinaus verschärft[70]), aber auch unter dasselbe herabgemildert werden[71]). Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch (indirekt) aus dem gesammten Geschäftsinhalt ergeben[72]). Doch ist der Ausschluß oder die Herabminderung der Haftung nichtig in Ansehung eines Mangels, welchen der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat[73]). § 476 BGB.

Kraft Gesetzes findet keine Gewährleistung statt, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung[74]) unter der Bezeichnung als Pfand (§ 461 BGB.), oder auf Grund einer Pfändung oder Beschlagnahme im Zwangsvollstreckungsverfahren verkauft wird (§ 806 CPO., § 56 RG. über die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897). Hier haftet also weder der Schuldner noch der betreibende Theil[75]).

β. Die Mängelhaftung in gewöhnlichen Fällen.

§ 221.

αα. Die Gewährsmängel. Kritischer Zeitpunkt.

Gewöhnlich[1]) haftet der Verkäufer für Mängel aller Art, nicht blos für gewisse als solche qualifizirte (Haupt-)mängel. Immerhin bedarf es einer näheren Umgrenzung des Mängelbegriffs. § 459 BGB.

---

69) S. o. Bd. I § 127. Die Arglist ist hier der Grund des erhobenen Anspruchs.

70) Z. B. durch die Verabredung, daß der Verkäufer für bestimmte Mängel haften will, auch wenn sie der Käufer übersehen habe. Letzterer will sich jeder Prüfung der Sache überheben (Zusicherung auf „unbesehen"). Oder daß wegen jedes Mangels voller Schadensersatz zu leisten oder die Sache in jedem Falle auszubessern sei. Die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche (s. u. § 223) kann vertragsmäßig verlängert werden u. dgl.

71) Z. B. durch Ablehnung der Haftpflicht für gewisse Mängel, durch Ausschluß des Schadensersatz-, Wandelungs- und Preisminderungsrechts des Käufers oder durch Ausschluß der Haftung überhaupt.

72) Z. B. ein Grundstück wird wie es „steht und liegt", eine Sache „wie besehen" verkauft u. dgl. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 162.

73) Dies ist altes Recht. Vgl. über die Nichtigkeit des pactum de dolo non praestando l. 14 § 9 Dig. de aed. ed. 21, 1; Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 318, 348, Tit. 11 §§ 137 ff.; Code Nap. Art. 1643 ꝛc.

74) Nicht beim Verkauf aus freier Hand, soweit dieser im Uebrigen (nach §§ 1240 Abs. 2, 1245 ff. BGB.) zulässig ist.

75) Es sei denn, daß er hinsichtlich des Zustands der Sache besondere Zusicherungen machte. Diese müssen auch hier wirken (mindestens wie andere „Versteigerungsbedingungen"). S. auch Dernburg § 184 Ziff. VII; Planck § 461 Note 1. A. M. Eccius a. a. O. S. 313.

1. Das Gesetz unterscheidet Fehler der Kaufsache und den Mangel zugesicherter Eigenschaften. Beide werden unter Mängel der Sache begriffen[2]). Der Ausdruck „Mängel" ist danach etwas Relatives. Er bedeutet, daß Eigenschaften der Kaufsache fehlen, welche ordnungsmäßig vorhanden sein müßten. Das Fehlende können auch Vorzüge sein, welche den Umständen nach vorhanden sein sollten, aber der verkauften Sache thatsächlich nicht innewohnen[3]).

a) Was Fehler sind, wird durch die Verkehrsauffassung bezeichnet[4]). Doch kommt nicht blos die allgemeine, schablonenmäßige Auffassung in Betracht[5]), sondern ebensosehr die konkrete auf Grund der besonderen im Vertrag zu Tage getretenen Intentionen der Parteien[6]).

α. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung sind Fehler solche Eigenschaften der Kaufsache, die ihren Werth oder ihre Tauglichkeit

---

1) D. h. abgesehen vom Viehhandel. S. u. § 224.

2) Vgl. die Ueberschrift vor § 459: Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

3) In diesem Sinne verstehen auch wir in dieser Lehre den Ausdruck „Mängel". Es war eine Inkonsequenz der Römer und vielleicht nur eine historische Zufälligkeit, daß der Verkäufer mit den ädilicischen Klagen blos für das Fehlen solcher Eigenschaften haftete, die eine Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit der Waare darstellten. Vgl. l. 1 § 8 Dig. de aed. ed. 21, 1. Hanausek I S. 69; Lenel im Archiv f. civ. Praxis Bd. 79 S. 103; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 282. Als wenn alle Käufer blos gewöhnliche Waaren haben wollten! In anderen Fällen halfen sich die Römer durch die dicta et promissa, für die gehaftet wurde, wenn über die Eigenschaften der Kaufsache hin und her geredet worden war. Aber wenn nichts Besonderes gesagt war, wurde das stillschweigend Selbstverständliche, wenn es über die gewöhnliche Beschaffenheit der Waare hinausging, vom röm. Rechte nicht genügend berücksichtigt (von den ädilicischen Klagen nicht getroffen). Windscheid versuchte die Ausdehnung auf Grund seiner Kategorie der Voraussetzung. Dagegen meine Abh. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 122. Damals schien zu befürchten, daß dieser gefährliche Begriff (s. o. Bd. I § 78 Note 4) hier und auch sonst in das Gesetz übergehen werde. Diese Gefahr ist abgeschlagen, — der Ausdruck: „zu dem ...... nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" in § 459 BGB. nicht weiter zu beanstanden. Es handelt sich dabei nicht um die bloße Voraussetzung, sondern um eine Voraussetzung, die nach dem Vertrage gehegt werden durfte: um den näheren, auch stillschweigend selbstverständlichen Vertragsinhalt. So ist die Lücke des röm. Rechts ausgefüllt.

4) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 282 ff.; Dernburg § 484; Cosack § 127 Ziff. I.

5) Sonst würden schließlich auf Grund der Verkehrssitte ein für allemal gewisse Fehler für erheblich erklärt und andere für unerheblich. Dies käme auf eine Haftung des Verkäufers für Hauptmängel heraus. Die Menschen sind eben keine Schablonen.

6) Aehnlich wie in der Irrthumslehre in Ansehung der wesentlichen Eigenschaften einer Sache. S. o. Bd. I § 94 Text u. Note 20 u. Cit.

zu dem gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigen (aufheben oder mindern). Doch kommt die Minderung des Werths oder der Tauglichkeit nur in Betracht, wenn sie erheblich ist[7]). Auch darüber entscheidet die Verkehrsanschauung[8]). S. § 459 Abs. 1. Dem Werth wird hiernach schlechthin Bedeutung beigelegt ohne Rücksicht auf Gebrauch und Handelbarkeit der Waare[9]); anderen Fehlern nur, wenn sie sich auf die Brauchbarkeit der Kaufsache beziehen. Doch liegt die gewöhnliche Brauchbarkeit einer Sache unter Umständen auch in ihrer Verkäuflichkeit, wenn nämlich die Sache nach Verkehrsgrundsätzen zur Veräußerung bestimmt ist[10]). Im Uebrigen entscheidet in Betreff der Brauchbarkeit nicht ein ein für allemal gleicher Maßstab, denn die Bedürfnisse der Menschen sind auch im allgemeinen Verkehr verschieden. Sie richten sich z. B. nach der gesammten sozialen Lage der Parteien[11]) und der verkehrsmäßigen Bestimmung der Sache[12]). So ergibt sich schon hier ein gewisser konkreter Maßstab für die Parteien und demgemäß für die Beurtheilung der Fehler, weil die Parteiabsichten auf der Hand liegen[13]). Nach diesem Maßstab, der nach Verkehrsgrundsätzen an das Geschäft im Allgemeinen anzulegen ist, ergibt sich das stillschweigend Selbstverständliche auch für die billig zu verlangenden Eigenschaften der Kaufsache; und was dahinter bleibt, sind Fehler.

β. Darüber hinaus werden dann ferner auch die besonderen subjektiven Intentionen der Parteien berücksichtigt, die beim Ge-

---

7) Unerheblich ist auch ein zwar zur Zeit großer Fehler, wenn er seiner Natur nach binnen Kurzem vorübergeht. Z. B. Unbewohnbarkeit des Hauses wegen Feuchtigkeit, wenn es ein noch nicht ausgetrockneter Neubau ist. — Anders bei zugesicherten Eigenschaften.

8) Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, also auch der persönlichen Bedürfnisse des Käufers. Z. B. er benutzt die nicht heizbare Villa offenbar nur als Sommerwohnung.

9) Man müßte denn den Ausdruck „Werth" in § 459 Abs. 1 auch auf „Gebrauch" der Sache beziehen, was der Satzbau allerdings nicht ausschließt, wohl aber der Sinn. Denn „Werth" würde dann in der Bedeutung mit „Tauglichkeit" nahezu synonym. Jedenfalls verlöre der Ausdruck seine technische Bedeutung.

10) Arg. § 92 Abs. 1 BGB. Das röm. Recht erwähnte die Verkäuflichkeit der Waare nicht besonders. Windscheid zählte sie (mit Unrecht) zu den Vorzügen. Dagegen Crome im civ. Archiv Bd. 78 S. 129, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 282 ff.

11) Z. B. was für den Tagelöhner nach der allgemeinen Verkehrsauffassung ohne Weiteres brauchbar erscheint, ist es noch lange nicht für den Kommerzienrath. S. Crome a. a. O. S. 283 ff.

12) Z. B. des Grundstücks als Baugrundstück oder Ackerland.

13) Z. B. wenn nach § 243 BGB. ein Pferd mittlerer Art und Güte zu liefern ist, so empfängt diese Bestimmung erst durch den hier erwähnten Maßstab ihren näheren Inhalt. Es ist ein großer Unterschied, ob ein Offizier oder ein Droschkenkutscher der Käufer ist.

schäfte obgewaltet haben können, wenn sie auch von der allgemeinen Verkehrsauffassung gründlich abweichen. Dies gilt in Ansehung des vom Käufer beabsichtigten besonderen Gebrauchs der Kaufsache[14]). Die betreffenden Fehler sind solche, welche die Tauglichkeit der Sache zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. § 459 Abs. 1. Auch hier kommt aber die Beeinträchtigung nur in Betracht, wenn sie erheblich ist. Darüber entscheidet die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des besonderen Standpunkts der Parteien[15]). Dagegen sind alle blos einseitigen Voraussetzungen des Käufers über die Möglichkeit des Gebrauchs der Kaufsache, auch wenn sie dem Verkäufer erkennbar waren, durchaus ohne Belang[16]); es muß sich um eine wenigstens indirekt[17]) geäußerte Vertragsklausel der Parteien über die Eignung der Sache zu diesem Gebrauche handeln[18]).

b) Weiter haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache die besonders zugesicherten Eigenschaften besitzt. § 459 Abs. 2. Diese

---

14) Es handelt sich gegenüber dem zuletzt Gesagten nur um einen graduellen Unterschied. Wie dort gezeigt, berücksichtigt vielfach schon die allgemeine Verkehrsauffassung gewisse Gebrauchszwecke (z. B. Reitpferd, Wagenpferd, Ackerpferd, Droschkengaul ꝛc.). Indessen reicht das doch nicht für alle Fälle aus. Es gibt Gebrauchszwecke, die man anerkennen muß, ohne daß sie durch die Natur der Sache und die allgemeine Verkehrsauffassung bezeichnet werden. Hier beginnt das Feld des besonderen, nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauches. § 459 Abs. 1. Z. B. ein Bergpferd, Krankenwein. Eine Kuh kann sowohl zur Nachzucht (zur Gewinnung von Kälbern), als zu Milchzwecken, zur Landwirthschaft (zum Ziehen), als auch zum Schlachten gekauft sein, und muß danach verschiedene Eigenschaften haben. — Allerdings ist der Unterschied von der zuletzt (bei lit. α) aufgestellten Kategorie im Leben oft flüssig; die Fälle werden leicht ineinander übergehen. Aber das schadet nichts, weil das Gesetz keinen Unterschied darauf aufbaut. Man muß nur verstehen, was mit den Ausdrücken „gewöhnlicher" und „nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch" gesagt sein soll.

15) Also die allgemeine vernünftige Lebensauffassung, insofern sie sich in die besonderen Parteiabsichten beim Vertragsschlusse hineindenkt. Sie wird uns beantworten, welche Anforderungen im gegebenen Falle an den verlangten Krankenwein, den Hund, der bestimmte Kunststücke verstehen soll ꝛc., zu stellen sind, und ob diesen entsprochen ist. Aehnlich wie in der Irrthumslehre wird also auch hier schließlich das subjektive Moment noch durch ein objektives kontrollirt.

16) S. o. Note 3 i. f. Sonst wäre der Verkäufer einem redseligen Käufer gegenüber geradezu schutzlos. S. auch Dernburg § 184 Note 3 u. 4.

17) S. o. Bd. I § 86.

18) Der Geschäftsinhalt ist hier durch den übereinstimmenden Willen der Parteien über die Anforderungen der allgemeinen Verkehrsauffassung hinausgehoben. Mit seinen danach gesteigerten Anforderungen an die Sache macht der Käufer alsdann gleichfalls nur den Vertragsinhalt geltend. Was vom gewöhnlichen Standpunkt vielleicht Vorzüge wären, ist auf der so erhöhten Basis die normale Eigenschaft der Sache: deren Mangel also im Rechtssinn wiederum ein Fehler. So kommt es, daß in § 459 Abs. 1 überhaupt nur von Fehlern die Rede ist.

können ganz willkürliche sein. Sie brauchen sich nicht auf den Werth der Kaufsache oder ihre Tauglichkeit zu irgend welchem Gebrauche zu beziehen, überhaupt keine verkehrsüblichen Eigenschaften zu sein. Sondern der Verkäufer kann Vorzüge jedweder Art garantiren[19]), ebenso die Abwesenheit bestimmter Fehler oder überhaupt gewisser Eigenschaften der Sache[20]). Entscheidend ist hier die Zusicherung[21]). Daher kommen auch unerhebliche Abweichungen von der Zusicherung als Mangel in Betracht[22]).

Die Zusicherung ist Vertragsbestandtheil, daher auch der allgemeinen Vertragsform bedürftig[23]). Uebrigens muß sich die Zusicherung auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache beziehen. Allgemeine Erklärungen, daß die Sache „fehlerfrei" sei u. dgl., genügen nicht. Sie beziehen sich regelmäßig nur auf die allgemeine Haftung des Verkäufers[24]). Noch weniger kommen vage Anpreisungen der Sache in Betracht, die gewöhnlich von Verkäufern zur Empfehlung ihrer Waaren abgegeben werden, und ohne den Anspruch der Glaubwürdigkeit auftreten[25]).

2. Die hiernach in Betracht kommenden Mängel müssen, um zur Gewährleistung zu führen, in dem Augenblicke vorhanden sein, da die Gefahr auf den Käufer übergeht[26]). § 459 Abs. 1 u. 2[27]).

---

19) Z. B. der Schönheit oder der Bequemlichkeit ꝛc.

20) Wenn dann die betreffenden Vorzüge fehlen oder die für abwesend erklärten Eigenschaften dennoch vorhanden sind, so ist dies ein Mangel der Sache im Sinne des Gesetzes.

21) Auf Grund derselben geht denn auch hier die Haftung des Verkäufers weiter als in den obigen Fällen (vgl. §§ 460, 463, 468, 477, 480 BGB.). S. o. § 220 Ziff. 2, 5 sowie den gleich folgenden Paragraphen. Der Käufer darf der Garantie vertrauen, wo er sich sonst die Sache selbst ansehen müßte.

22) § 459 Abs. 2 BGB. im Gegensatz zu Abs. 1. Doch folgt daraus nicht, daß auch die kleinste Abweichung von der gemachten Zusicherung gerügt werden könnte. Denn die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr und des Verbotes von Chikane (§§ 226, 242 BGB.) gelten auch hier.

23) Eccius a. a. O. S. 309. A. M. Dernburg § 184 Ziff. III. Aber in dem Textsatze liegt gerade ein Hauptunterschied der Zusicherung von dem blos nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache (s. o. Note 17). Dort genügt formlose Abrede über die Eignung zu dem betreffenden Gebrauch. Der Billigkeit wird dadurch genügend gedient. Dagegen wäre es unbillig und inkonsequent, z. B. den Grundstücksverkauf (§ 313 BGB.) an eine Form zu binden und die Angabe des Flächeninhalts des Grundstücks (als eine nach § 468 BGB. zugesicherte Eigenschaft) von der Form freizulassen.

24) S. auch Dernburg § 184 Ziff. I.

25) So schon im älteren Recht. S. o. § 220 Note 13 i. f.

26) Ueber den betreffenden Zeitpunkt s. die Ausführungen § 213. Also der (nach § 220 Ziff. 7) vom Käufer zu führende Beweis muß sich auf diesen Zeitpunkt beziehen.

27) Anders im röm. Recht, wo die Zeit des Kaufabschlusses entschied, und

Nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt bei Spezieskäufen ein Vorhandensein des Mangels schon zur Zeit des Kaufabschlusses voraus. Denn sonst läge die hier vorausgesetzte Kontraktwidrigkeit nicht vor. Bei Genuskäufen bleibt es auch hier dabei, daß der Mangel im Augenblicke des Gefahrübergangs auf den Käufer vorhanden sein muß. Denn vorher bezieht sich das Schuldverhältniß noch auf keine bestimmte Sache. S. §§ 463, 480 Abs. 2 BGB.[28]). — Anderseits fällt, wie wir schon sahen,

a) die Gewährleistungspflicht des Verkäufers hinweg, wenn der zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene Mangel dem Käufer in diesem Augenblicke schon bekannt war[29]).

b) Es ist dem Verkäufer das Recht nicht zu bestreiten, den Mangel auch noch Eintritt des Gefahrübergangs noch binnen angemessener Frist zu beseitigen[30]). Folglich kann Käufer den Mangel auch nicht rügen, wenn er binnen solcher Frist von selbst verschwindet[31]).

c) Schließlich sind Zusicherungen über Eigenschaften auch in dieser Beziehung nach ihrem Sinne auszulegen (§§ 133, 157 BGB.), z. B. wenn sie ihrer Natur nach wandelbare Verhältnisse betreffen[32]).

§ 222.

ββ. Die Gewährleistungsansprüche.

Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache ist, wie gezeigt, nach den Umständen eine verschiedene[1]). Der Käufer hat regelmäßig das Recht auf Wandelung des Kaufs oder Minderung des

---

nach Preuß. A.LR. (I Tit. 11 §§ 192 ff.), wo der Zeitpunkt der Uebergabe maßgebend war. Aber beide Momente sind mehr oder weniger willkürlich. Z. B. bei Aussonderung der Waare aus einem Vorrath, oder bei Versendung.

28) Wegen der nach dem kritischen Zeitpunkt eintretenden Mängel s. o. § 220 Note 33.

29) S. § 463 BGB. u. oben § 220 Ziff. 6.

30) S. § 220 Note 24.

31) S. auch schon oben Noten 7 ff. Dernburg § 184 Ziff. IV i. f.

32) Z. B. daß das verkaufte Haus so und soviel Miethe einbringt. Ist ein Miethvertrag zur Zeit des Gefahrüberganges erloschen, so wird man nicht unbedingt sagen können, daß die Zusicherung sich nicht bewahrheitet habe. (Es kann so sein, z. B. wenn jener Miethvertrag mit den allgemeinen Miethspreisen nicht in Einklang stand und dem Käufer davon nichts mitgetheilt und nichts bekannt war, oder wenn die Verhältnisse der alsbaldigen Wiedervermiethung entgegenstehen.) Ganz gleichgültig ist m. E., ob einer der Miether zur Zeit des Gefahrüberganges in Konkurs gefallen ist; denn nur auf den Bestand, nicht auf die Beitreibbarkeit des Miethzinses ist auch (mangels besonderer Abmachung) in diesem Falle zu sehen.

1) S. o. § 220 bes. Ziff. 5.

Kaufpreises. Beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Sache oder Arglist des Verkäufers statt dessen auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; bei Gattungskäufen eventuell auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache. §§ 462, 463, 480 BGB. Diese wahlweisen Ansprüche[2]) sind jetzt im Einzelnen zu erörtern.

I. Die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung.

1. Begriff und Vollzug der Wandelung oder Minderung.

a) Die Wandelung[3]) ist ein Recht des Käufers[4]) gegen den Verkäufer auf Rückgängigmachung des Kaufs (§ 462 BGB.) nach Art des Rücktritts vom Vertrage[5]), also so, daß die empfangenen Leistungen gegenseitig zurückzugewähren sind[6]), während die noch nicht erfüllten Verpflichtungen hinwegfallen. Daß der Rücktritt hier nicht durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Käufers erfolgen kann, erklärt sich aus der regelmäßigen Bestrittenheit der Sachlage[7]) und aus dem Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung des Kaufpreises (s. u.). Man hat dem Käufer einen Anspruch auf Wandelung gegeben, der seiner Natur nach gegen den Verkäufer erzwungen, aber auch von diesem außergerichtlich erfüllt werden kann. Ja letzteres erscheint heutzutage gerade als das Normale[8]) und wird daher vom Gesetz in erster Linie begünstigt.

Die freiwillige Erfüllung des Wandelungsanspruchs setzt ein vertragsmäßiges Zusammenwirken der Parteien voraus. § 465 BGB.

---

2) Man darf sich aus § 459 BGB. nicht zu der Annahme verleiten lassen, die Gewährleistungspflicht beginne erst im Augenblicke des Gefahrübergangs auf den Käufer. Der Verkäufer haftet vielmehr sofort dafür, daß die Sache im kritischen Zeitpunkt nicht mit den beregten Mängeln behaftet ist. Steht dies schon früher fest (z. B. weil eine unbehebbare Beschädigung hervorgetreten ist), so ist die Haftung des Verkäufers auch schon früher begründet, z. B. kann eine bedungene Vorauszahlung des Kaufpreises aus Wandelungsgrundsätzen abgelehnt werden. A. M. Dernburg § 185 zu Note 1. — Ebenso kann der Wandelungsanspruch mit gleichzeitiger Weigerung der Annahme der fehlerhaften Sache verbunden werden. Denn unter Vorbehalt anzunehmen — wie § 464 BGB. diesenfalls zur Erhaltung der Gewährleistungsansprüche verlangt — kann dem Käufer nicht zugemuthet werden. (Eine exceptio non adimpleti contractus ist dies nicht. Vgl. o. § 169 Note 13. Das Gebiet der letzteren beginnt erst bei kontraktwidriger Leistung.)

3) S. über den Zusammenhang mit der sog. actio redhibitoria oben § 220 Note 11 ff. u. 38.

4) Für mehrere Käufer ist der Wandelungsanspruch untheilbar. Ebenso gegen mehrere Verkäufer. S. §§ 356, 467 BGB.

5) Darauf weist § 467 BGB. ausdrücklich hin.

6) Und zwar Zug um Zug (§ 348 BGB.) sowie mit Wirkung ex tunc soweit dies beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht der Fall ist. S. o. §§ 174 ff. u. unten Ziff. 2.

7) Ob hinreichende Mängel der Kaufsache vorliegen. S. o. § 220 Note 39.

8) S. o. Bd. I § 35 bes. Note 10.

Mit Erklärung des Einverständnisses ist die Wandelung „vollzogen", d. h. der Effekt herbeigeführt, wie wenn sonst der Rücktritt vom Vertrage erklärt ist[9]). Infolge dessen haben nunmehr beide Parteien gegeneinander die aus der Rückgängigmachung des Geschäftes sich ergebenden Ansprüche, während weitere Erfüllung der noch ausstehenden Vertragsverbindlichkeiten nicht verlangt werden kann[10]).

Ist Verkäufer zum freiwilligen Einverständniß in die Wandelung[11]) nicht zu bewegen, so kann der Käufer den Wandelungsanspruch gerichtlich geltend machen[12]) und muß ihn dann, wie jeden gerichtlich erhobenen Anspruch, in seinen thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen begründen und die Wandelung beantragen. Auf letztere erkennt dann gegebenenfalls das Gericht, in welchem Fall auch hier die Wandelung vollzogen ist[13]). Die Durchführung der Wandelung ist hier nichts Anderes als Durchführung des Urtheils[14]). Einer erneuten Klage auf Rückgabe der vom Käufer gemachten Leistungen bedarf es nicht. Der gerichtlich gestellte Antrag auf „Wandelung" ist regelmäßig als Antrag auf Feststellung des Wandelungsrechts und Rückgabe des Kaufpreises 2c. gegen Empfang der Kaufsache zu verstehen[15]).

---

9) Arg. §§ 465, 467 BGB. S. o. § 174. Dies ist neues Recht. An Stelle der alten actio redhibitoria haben wir folgende Stufenleiter:

a) aus dem Mangel der Kaufsache ergibt sich der Wandelungsanspruch;

b) aus diesem der Abschluß des Wandelungsvertrages (Vollzug der Wandelung), und hieraus wieder

c) das Recht auf Durchführung der Wandelung nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts von einem Vertrage.

10) S. o. § 174 Ziff. 5.

11) Also zum Abschluß des Wandelungsvertrages.

12) Wie nicht freiwillig befriedigte Ansprüche überhaupt. Auf diesem Wege kommt es dann noch zur Wandelungsklage. Diese ist wahre Klage, also Prozeßhandlung. Nicht ist sie zu denken als ein in Prozeßform gekleideter Wandelungsantrag im obigen Sinne. Es kann nicht davon die Rede sein, daß das demnächstige rechtskräftige Urtheil, das auf Wandelung erkennt, im Sinne des § 894 CPO. das Einverständniß des Beklagten in die Wandelung ersetze. Diese Konstruktion, die sich auch in den Prot. (Bd. 1 S. 680) findet, ist verkünstelt und führt zu unrichtigen praktischen Ergebnissen. S. auch Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 27.

13) Selbstverständlich mit Rückwirkung im Sinne des § 467 BGB. Das Urtheil ist also auch hier lediglich deklarativ. Es erkennt, daß das Wandelungsbegehren des Klägers ein berechtigtes war. — Das einseitige Wandelungsbegehren bedarf (im Gegensatze zur gewöhnlichen Rücktrittserklärung) der prozessualen Geltendmachung und gerichtlichen Konstatirung seiner Zuläßigkeit durch Urtheil.

14) Es bedarf dazu keineswegs immer der Zwangsvollstreckung. Der Beklagte fügt sich häufig dem Urtheil. — Andernfalls s. wegen der erforderlichen Zug- um Zugleistungen §§ 726, 756, 765 CPO.

15) Wie man auch früher ähnlich schon in anderen Fällen (Rescissions- und Restitutionsklagen) das iudicium rescindens mit dem rescissorium verbinden konnte. Dies ist hier geradezu das Normale. Wer sich auf bloße Feststellung der Wandelungsbefugniß beschränken wollte, müßte dies in seinem Antrag deutlich

b) Entsprechend ist die Minderung[16]) ein Anspruch des Käufers wider den Verkäufer auf Herabsetzung des Kaufpreises (§ 462) im Verhältniß der Erheblichkeit des Mangels[17]). Die Regeln der Herabsetzung werden vom Gesetze gegeben. §§ 472 ff. BGB.[18]). Der Anspruch des Käufers geht also schlechthin auf Minderung und zunächst (wie oben) auf freiwilligen Abschluß des Minderungsvertrages. Mit Einverständniß des Verkäufers ist die Minderung „vollzogen". § 465. Die Einigung der Parteien kann, muß sich aber nicht auf einen bestimmten Minderpreis erstrecken[19]). Die Einigung kann sich darauf beschränken, was überhaupt geschehen soll[20]). Umgekehrt kann der Minderungsvertrag auf eine bestimmte Summe ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Regeln[21]) geschlossen werden[22]), und zwar auch indirekt[23]) indem z. B. der Verkäufer den ihm vom Käufer gebotenen Minderpreis freiwillig annimmt. Abgesehen davon folgt aus dem Abschluß des Minderungsvertrages Wegfall der Verpflichtung des Käufers auf einen höheren als den Minderpreis[24]); war der Kaufpreis bereits bezahlt, ein Anspruch des Käufers auf entsprechende Rückgewähr des zuviel Gezahlten[25]).

---

zum Ausdruck bringen und man würde es nicht einmal stets für zulässig erachten können. Denn wozu derart gehäufte Prozesse?! Viel zu viel Schwierigkeiten (auf Grund der verfehlten, oben Note 12 reprobirten Konstruktion der Wandelungsklage) machen sich Dernburg § 185 zu Note 11 ff., Emerich § 17 u. A. S. auch die Analogie der Minderungsklage unten Note 29 ff.

16) Ueber den Zusammenhang mit der sog. actio quanti minoris s. o § 220 Note 11 ff. u. 38.

17) Die Minderung ist nicht wie die Wandelung (oben Note 4) untheilbar. Sie kann von einem Käufer gegen nur einen Verkäufer verlangt werden.

18) Daraus ergibt sich auch hier ein feststehendes, wenn auch durch (nöthigenfalls richterliche) Berechnung zu ermittelndes Resultat. Das Resultat steht jedenfalls nicht mehr und nicht weniger fest, wie in den Fällen, wo Schadensersatz begehrt werden kann. Dies ist für das Folgende festzuhalten.

19) A. M. ohne genügende Gründe und ohne Festlegung im Gesetze selbst, Prot. Bd. 6 S. 181. Ebenso Planck § 465 Note 2.

20) Zur Konsumtion des Wahlrechts des Käufers zwischen beiden Rechtsbehelfen. S. darüber noch unten lit. c. — Im Fall des Textes ist der Betrag des Minderpreises eventuell immer noch im Prozeßwege festzusetzen, falls die Einigung nicht nachträglich darauf erstreckt wird. Der Minderungsvertrag in blanco kann aber nicht als unzulässig bezeichnet werden. Auch § 466 BGB. führt ein ähnliches Ergebniß herbei. Den gehörigen Minderpreis bestimmt das Gesetz. § 472 ff. BGB. u. unten Ziff. 3.

21) §§ 472 ff. BGB.

22) Vorbehaltlich der allgemeinen Bestimmungen, z. B. der gesetzlichen Wucherschranken.

23) S. Bd. I § 86.

24) Mag er im Vertrage bestimmt oder eventuell (nach Note 20) noch zu bestimmen sein. Letzterenfalls wird sich der Käufer mit der Zahlung einstweilen ganz oder bis zum prima facie geeigneten Betrag zurückhalten können.

Ist der Verkäufer zum Abschluß des Minderungsvertrags nicht zu bewegen, so kann er auf Minderung verklagt werden[26]), mit dem Erfolge, daß das gerichtliche Urtheil den Vollzug der Minderung herbeiführt[27]). Die Durchführung der Minderung ist auch hier Durchführung des Urtheils[28]). Die Minderungsklage muß stets auf einen bestimmten Betrag (Minderpreis) gerichtet werden[29]) und das Urtheil auf einen solchen Betrag lauten: der aber selbstverständlich nicht mit dem Klageantrag übereinzustimmen braucht, sondern auch unter theilweiser Abweisung der Klage auf einen dem Kläger ungünstigeren (also höheren) Betrag lauten kann[30]).

c) Das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung wird außergerichtlich durch Abschluß des Wandelungs- oder Minderungsvertrages (§ 465) konsumirt. Die Erklärung des Käufers, daß er das Eine odere Andere beabsichtige, ist nicht bindend[31]), kann also vor ertheilter Zustimmung des Verkäufers[32]) zurückgenommen werden. Ebensowenig führt die Anstellung der Wandelungs- oder Minderungsklage ein bindendes Ergebniß herbei, solange die Klage nach prozessualen Grundsätzen zurückgenommen werden kann. S. § 271 CPO. Also nach Einlassung des Beklagten nur mit dessen Zustimmung. Und selbst der so beschränkten Rücknahme setzt das Urtheil ein Ziel, das auf die Wandelung oder Minderung erkennt[33]).

---

25) Mag der Betrag auch noch zu ermitteln sein. Aehnlich wie bei einem Schadensersatzanspruch, dessen Höhe noch festzustellen ist. S. o. Note 18.

26) Entsprechend dem oben Note 12 ff. bei der Wandelung Gesagten.

27) D. h. feststellt, wieviel der Käufer nach Lage der Sache zu bezahlen hat. S. u. Ziff. 3.

28) S. o. Note 14 und die Ausführungen bei Note 24—25.

29) Thatsächlich liegt der Fall wie bei einer Klage auf Schadensersatz, die man auch nur unter besonderen Voraussetzungen vorbehaltlich der Liquidation des Schadensbetrages erheben darf (Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 382). Auch wird man hier kaum jemals sagen können, daß Käufer nicht sofort in der Lage sei, seinen Antrag auf einen bestimmten Minderpreis zu richten.

30) Hier macht die verfehlte Grundlage (s. o. Note 12) der Theorie wieder Schmerzen. Soll denn etwa (wenn man den Satz des Textes nicht annimmt) Abweisung der Klage erfolgen, worauf Kläger noch einmal klagen könnte? Dies widerspräche der Analogie bei Schadensersatzansprüchen und wäre einfach absurd. S. hierzu Eccius a. a. O., Dernburg § 185 Note 11.

31) Im Gegensatz zur Regel bei gewöhnlichen Vertragsanträgen. S. o. Bd. I § 89. Die dortigen Gründe für die Antragsgebundenheit passen nicht auf das vorliegende Gebilde. Zustimmend Dernburg § 185 Ziff. V i. f. A. M. Planck zu § 465 Note 1 u. a.

32) Dazu gehört Eingang der Antwort beim Käufer. S. o. Bd. I § 88.

33) Alternative Einklagung beider Ansprüche hält Cosack § 127 II Ziff. 2 i. f. für zulässig. Dagegen Dernburg § 185 Note 9. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 27.

α. Das solange hinausgeschobene Variationsrecht des Käufers ist für den Gegner nicht ohne Bedenken. Das Gesetz hilft ihm daher mit oft erprobtem Mittel. Der Verkäufer darf dem Käufer, sobald dieser ihm gegenüber einen Mangel der Kaufsache behauptet[34]), mit Erklärung der Bereitwilligkeit zur Wandelung eine angemessene Frist zur Erklärung setzen[35]), ob er Wandelung verlange. In diesem Falle kann der Käufer sich für Wandelung nur noch bis zum Ablauf der Frist entscheiden[36]). Darüber hinaus braucht der Verkäufer sich nicht mehr darauf einzulassen[37]). Mit Ablauf der Frist hat er also Gewißheit, daß es zur Wandelung nicht mehr kommt[38]). Die anderen Rechte des Käufers bleiben unberührt[39]). § 466 BGB.

β. Kraft Gesetzes ist die Wandelung ausgeschlossen[40]) bei Grundstückskäufen, wenn dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zugesichert war[41]) und der Vertrag in Folge der Größendifferenz nicht jedes Interesse für den Käufer verloren hat[42]). § 468[43]). Andernfalls braucht er regelmäßig bei Mindermaß des Grundstücks nur entsprechend weniger zu zahlen[44]), bei größerem Flächeninhalt nicht auch entsprechend mehr[45]). Ist an=

---

34) Bloße Erklärung zur Kenntnißnahme! Wann sie vorliegt, ist Thatfrage. Ob aber schon im Schweigen auf eine diesbezügliche Anfrage des Verkäufers (Planck § 466 Note 2), dürfte zweifelhaft sein. Es kann darin z. B. eine Billigung der Kaufsache liegen, namentlich in Ansehung von Mängeln, die der Käufer kennt.

35) Es gelten entsprechend die Ausführungen oben § 151 Note 8 ff.

36) Durch gewöhnliche außergerichtliche Erklärung oder Zustellung der Wandelungsklage.

37) Er darf noch immer einen Wandelungsvertrag mit dem Käufer abschließen. Es handelt sich um eine Schutzvorschrift für den Verkäufer.

38) Dadurch wird auch unlauteren Spekulationen des Käufers, z. B. je nach der Konjunktur beim Kaufe stehen zu bleiben oder nicht, begegnet.

39) Z. B. statt der Minderung kann er eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. S. § 463 BGB. u. unten Ziff. II. Der Verkäufer, welcher kontraktwidrig handelte, genießt den Schutz des § 466 nicht.

40) Beim Viehhandel (unten § 224) umgekehrt das Recht der Minderung.

41) Ob Zusicherung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Vgl. ehemals l. 2 pr., l. 4 § 1 l. 6 pr., l. 13 § 14, l. 22, 42 Dig. de A. E. V. 19, 1; Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 207 ff. — Auch im Textfalle hat der Käufer wegen der Zusicherung das Recht auf Schadensersatz (s. u. Ziff. II).

42) Z. B. wenn das Grundstück für den geplanten Bau unzureichend ist. — Den Mangel seines Interesses muß der Käufer beweisen, wenn er wandeln will.

43) Auch hier handelt es sich um eine Schutzvorschrift für den Verkäufer. Dieser kann also die Wandelung auch in weiterem Umfange bewilligen. — Auf den Verkauf beweglicher Sachen ist § 468 nicht anwendbar.

44) Schon nach Minderungsgrundsätzen. Eventuell führt aber der Gesichtspunkt des Schadensersatzes (Note 41) zu noch größeren Kompensationen.

45) Auch das Bestehenbleiben des bedungenen Kaufpreises ist hier virtuell

zunehmen, daß der Verkäufer auf dieser Basis nicht verkauft haben würde[46]) und verlangt er eine entsprechende Preissteigerung, so muß der Käufer sie sich gefallen lassen oder aus dem obigen Gesichtspunkt Wandelung verlangen[47]).

γ. Stehen auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen, so kann Wandelung nur von Allen und gegen Alle verlangt werden[48]). §§ 356, 467 BGB. Die Wahl ist also erst mit Hereinziehung aller Betheiligten[49]) konsumirt. Dagegen kann die Minderung von jedem einzelnen Betheiligten gegen den Anderen für dessen Antheil durchgesetzt werden[50]). Der theilweise Vollzug der Minderung[51]) schließt auch für die anderen Betheiligten das Wahlrecht aus[52]). § 474.

δ. Durch den Vollzug der Minderung erlischt nicht das Kaufgeschäft, sondern es modifizirt sich nur dessen Inhalt. In Folge dessen kann, wenn mehrere Mängel der Kaufsache vorliegen und nur wegen eines derselben der Kaufpreis gemindert wurde, hinterher noch unter Berufung auf andere Mängel eine weitere Minderung[53]) oder die Wandelung verlangt werden[54]). § 475 BGB. Gleichgültig ist, ob der zweite Mangel erst nach Vollzug der Minderung entdeckt wurde[55]); es sei denn, daß im Verschweigen ein Verzicht des Käufers auf Geltendmachung dieses Mangels[56]) oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt[57]). Der Vollzug der erneuten Wandelung oder Minderung erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln[58]).

---

entweder Minderung oder ergibt sich aus Schadensersatzgrundsätzen (s. die vor. Note). Art. 1616 Code Nap. gab detaillirtere Bestimmungen.

46) Z. B. weil dadurch für den Quadratmeter ein unannehmbarer Preis herauskäme.

47) Z. B. wenn eine ganz erhebliche Preissteigerung herauskäme.

48) Wegen Untheilbarkeit der Wandelung. S. schon oben Note 4.

49) Durch Abschluß des Wandelungsvertrags oder Verwickelung in den Prozeß in der oben vor Note 34 bezeichneten Weise.

50) Ueber die Theilbarkeit der Minderung s. schon oben Note 17.

51) Im Sinne des § 465 BGB. oder durch Eintritt des entsprechenden prozessualen Zeitpunkts (s. Note 49).

52) Da Wandelung und Minderung nicht nebeneinander stattfinden können, führt die Konsumtion des Wahlrechts für einen Einzelnen die Komsumtion für Alle herbei. Auch diese können nur noch für ihren Antheil mindern.

53) Wogegen selbstverständlich, wenn einmal Wandelung stattgefunden hat, keine weitere Wandelung oder Minderung möglich ist.

54) Ebenso Schadensersatz wegen Nichterfüllung (wenn die Voraussetzungen vorliegen). S. u. Ziff. II.

55) Oder nach Ausübung der Rechte aus dem Minderungsvertrage. — Vgl. Hanausek, Haftung des Verkäufers S. 171 u. Cit.

56) S. o. § 220 zu Note 60. Dernburg § 187 Note 8.

57) Hanausek a. a. O.; Oertmann § 475 Note 1b.

58) Ueber die Berechnung der zweiten Minderung s. u. Ziff. 3 am Ende.

2. Folgen der Wandelung.

In Folge der Wandelung[59]) kann Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen der Parteien aus dem Kaufvertrage nicht weiter verlangt werden[60]). Soweit bereits geleistet worden ist, entstehen Verpflichtungen auf Rückgewähr nach Art derjenigen aus dem vollzogenen Rücktritt von einem Vertrage[61]). § 467 BGB. u. Cit. Die Rückgewähr bezieht sich also auch auf die Vortheile der Zwischenzeit. Soweit beiderseits schon geleistet war, hat die Rückgewähr Zug um Zug zu erfolgen[62]).

a) Hierbei ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die zurückzugewährende Kaufsache nicht mehr vorhanden, oder daß sie umgearbeitet oder verschlechtert ist[63]). Darin liegt für den Käufer eine völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung, welche die Wandelung unter Umständen noch ausschließt, nach den Grundsätzen des Rücktritts vom Vertrage[64]). Hieraus ergibt sich, daß zufälliger Untergang der Kaufsache in der Hand des Käufers die Wandelung nicht ausschließt[65]). Ebenso verhält es sich bei zufälliger Verschlechterung[66]). Wohl aber ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Käufer den Untergang, eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache oder die sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet hat[67]); ingleichen wenn er die Sache umgestaltet hat[68]), sofern sich der Mangel nicht gerade erst bei der Umgestaltung oder in Folge derselben zeigte[69]). § 467 BGB.[70]). — Falls die Kaufsache durch

---

59) Des Wandelungsvertrags oder des entsprechenden Urtheils. S. o. Ziff. 1.

60) Auf Grund des Wandelungsvertrags ist ein Erlöschen der beiderseitigen Forderungen, wie beim Erlaß, anzunehmen. Bei Wandelung durch Urtheil kann sich jede Partei nach gewöhnlichen Grundsätzen auf das Urtheil berufen.

61) Von Seiten beider Parteien. Also auch der Verkäufer kann die Folgen der Wandelung geltend machen.

62) Arg. § 348 BGB. Jede Leistung kann bis zur Bewirkung der gegnerischen verweigert werden. Die klageweise Verfolgung führt zur Zug- um Zugverurtheilung. S. § 322 BGB. u. oben Note 14.

63) Häufig zeigt sich der Mangel gerade erst bei der Verarbeitung der Sache. Dieser Fall wird in § 467 besonders ausgezeichnet.

64) S. §§ 467, 350 ff. BGB. u. oben § 175 Ziff. 1.

65) Arg. § 350 BGB. Z. B. der verkaufte Jagdhund ist beim Käufer verendet. Dies ist altes Recht. S. schon l. 31 § 11, l. 38 § 3 Dig. de aed. ed. 21, 1. „Mortuus redhibetur." War die Wandelung durch Urtheil angeordnet, welches die Zug- um Zugleistung aussprach, so ist neue Klage zu erheben. Siehe Dernburg § 186 Note 2.

66) Es trägt also der Verkäufer die Gefahr. S. o. § 175 Note 9.

67) S. § 351 BGB. u. oben § 175 zu Note 4 ff. u. Cit. — Ebenso seine gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen (§ 278 BGB.).

68) Arg. § 352 BGB. S. jedoch hier die Aenderung des § 467.

mehrere Hände ging, ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn bei einem Erwerber, in dessen Hand die Sache kam, einer der obigen Ausschlußgründe der Wandelung eingetreten ist[71]). Abgesehen davon thut die Weiterveräußerung dem Wandelungsrechte keinen Eintrag: im Wege desselben geht die Sache schließlich bis zum ersten Verkäufer wieder zurück[72]).

Schließlich wird der Käufer der Rechte aus der Wandelung verlustig, wenn er mit der Rückgewähr des Kaufgegenstandes[73]) in Verzug kommt[74]). In diesem Falle kann ihm nämlich der Verkäufer eine angemessene Frist für die Rückgabe mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Rücknahme der Sache ablehne[75]). In diesem Fall wird die vollzogene Wandelung unwirksam in dem Sinne, daß ihre Folgen nicht weiter gezogen werden können. Dagegen ist der Vollzug nicht ungeschehen zu machen, d. h. der Käufer erhält sein Wahlrecht auf Minderung des Kaufpreises nicht zurück[76]). Es verbleibt also beim Inhalt des Kaufes[77]).

Aus der Untheilbarkeit des Wandelungsrechts folgt auch, daß sein Wegfall bei einem Käufer gegen Alle wirkt[78]).

Uebrigens können besondere Bestimmungen des Wandelungsvertrags diese Ergebnisse modifiziren[79]).

---

69) Letzteres enthält § 467 BGB. nicht ausdrücklich; es ist aber sicherlich daraus zu folgern. Dernburg § 186 zu Note 5. Z. B. die gekaufte Saat erweist sich als nicht keimfähig, das verarbeitete Bauholz zeigt hinterher den Schwamm. — Die Verarbeitungskosten sind hier wie Verwendungen auf die Kaufsache zu behandeln. S. u. lit. b.

70) Den Beweis der Ausnahme hat der Käufer, der wandeln will, zu führen.

71) Arg. § 353 BGB. In diesem Falle kann der Betreffende nicht mehr gegen seinen Vormann ꝛc., der erste Käufer aber auch nicht gegen den ursprünglichen Verkäufer wandeln. Der erste Käufer wird dadurch auch regelmäßig nicht benachtheiligt, da er ja auch seinem Nachmann nicht mehr gewährleistungspflichtig ist.

72) Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 65. — Nur durch die kurze Verjährung des Wandelungsanspruchs kann sich dies kompliziren. S. dazu unten § 223 bes. Note 21.

73) Mit dem ganzen oder einem erheblichen Theile. §§ 354, 467 BGB. Vgl. o. § 175 Ziff. 2a, deren Detail für das Folgende zur Anwendung kommt.

74) Nach Anleitung des § 354 BGB. — Kommt der Verkäufer mit der Rückgewähr in Verzug, so hat der Käufer die allgemeinen Rechte der §§ 169 ff. oben.

75) S. o. § 175 Note 26, § 171 Note 9 ff.

76) A. M. Planck § 467 Note 2g. Aber dann brächte dem Käufer sein Verzug noch Vortheile und alle oben Ziff. 1c erwähnten Schutzmaßregeln gegen schrankenlose Ausdehnung des Wahlrechts würden illusorisch.

77) Vorbehaltlich der Entdeckung neuer Mängel. S. § 475 u. oben Ziff. 1d.

78) S. §§ 467, 356 BGB. u. oben bei Note 48.

79) Innerhalb der allgemeinen Grenzen des Vertragsrechts. Jedenfalls sind §§ 351 ff. BGB. in Anwendung auf unseren Fall nicht zwingend.

b) Die Verpflichtungen des Verkäufers aus der Wandelung gehen auf Rückgabe des empfangenen Kaufpreises mit Zinsen vom Tage des Empfangs[80]); ferner auf Ersatz der Vertragskosten[81]). § 467 BGB. Verwendungen des Käufers auf die Kaufsache sind diesem nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu vergüten[82]). Dies ergibt, daß nothwendige Auslagen regelmäßig, andere selbst dann nicht zu erstatten sind, wenn Käufer sie zu einer Zeit machte, da ihm der Mangel der Kaufsache noch nicht bekannt war oder sein konnte[83]).

Die Verpflichtungen des Käufers aus der Wandelung gehen auf Rückgabe der empfangenen Kaufsache[84]) nebst Zuwachs, sowie auf Erstattung der Nutzungen, die Käufer aus der Sache gezogen hat oder nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft hätte ziehen können[85]). — Der Käufer hat regelmäßig da zurückzugeben, wo die betreffenden Gegenstände sich ohne sein Verschulden befinden[86]). Eine Zusendung auf seine Gefahr und Kosten kann aber der Verkäufer verlangen[87]).

c) Besondere Schwierigkeiten macht der Fall, wenn von mehreren verkauften Sachen nur eine oder einige mangel haftsind. §§ 469 ff.

---

80) Arg. §§ 347, 467 BGB. Wegen des Erfüllungsorts s. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 393, 397 ff. u. Cit. Es entscheidet das Prinzip der Zug- um Zugleistung und der Erfüllungsort des Käufers (s. u. bei Note 86).

81) Einschließlich der Steuern und Grundbuchgebühren. — Weil Verkäufer zur Wandelung Anlaß gab. Sonst kann mit der Wandelung keinerlei Ersatz verlangt werden. — Eine deliktische Schädensklage, z. B. wegen fahrlässiger Brandstiftung oder Erregung von Krankheiten durch die gelieferte mangelhafte Waare, kann aber daneben erhoben und auch (prozessualisch) zu einem Verfahren verbunden werden.

82) Arg. §§ 467, 347, 994 Abs. 2, 683 ff. BGB. (Die Verweisung ist eine vierfache.) Vgl. hier oben § 174 i. f. u. § 160 Note 15.

83) Dies ist für den Käufer unter Umständen sehr hart. Er muß erwägen, ob er nicht lieber mit Rücksicht darauf Preisminderung verlangen will. — Dagegen gilt der allgemeine Satz, daß fructus non intelliguntur nisi deductis impensis (s. o. Bd. I § 69 Ziff. 6) natürlich auch in diesem Falle.

84) Soweit diese nicht mehr vorhanden (und die Wandelung dadurch nicht nach lit. a ausgeschlossen) ist, nach allgemeinen Grundsätzen (§ 281 BGB.) auf Herausgabe des Surrogats oder Abtretung der Surrogatsansprüche. — Im Uebrigen haftet der Käufer auf Aufbewahrung und Erhaltung der Kaufsache wie wenn die Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Rückgewähr mit dem Vollzug der Wandelung eingetreten wäre. Arg. § 347 BGB. u. oben § 174 zu Note 32 ff.

85) Arg. §§ 467, 347, 987 BGB.

86) Dies folgt (nach § 269 BGB.) aus den Umständen resp. der Natur des Schuldverhältnisses aus der Wandelung, dessen Veranlassung (Note 81) beim Verkäufer liegt. Das Schuldverhältniß ruht durchaus auf dem Prinzip der Billigkeit. Zustimmend Dernburg § 186 III Ziff. 4.

87) Dadurch wird der Erfüllungsort nach § 269 Abs. 3 nicht verändert.

BGB. An sich erstreckt sich hier die Wandelung nur auf die mangelhafte Sache, auch wenn für die mehreren Sachen ein Gesammtpreis bedungen ist[88]). Aus der Einheit des Preises folgt noch keine Einheit des Kaufgegenstandes. Aber aus anderen Anhaltspunkten kann sich eine solche Einheit oder Zusammengehörigkeit der verkauften Objekte ergeben[89]), sodaß es gegen die Parteiabsicht und überhaupt gegen wirthschaftliche Interessen verstieße, die Sachen im Wege der Wandelung zu trennen. In diesem Falle kann die Wandelung nur ganz oder gar nicht ausgeübt werden. So erstreckt sich die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache von selbst auf die Nebensache[90]), nicht aber umgekehrt[91]). § 470. Im Uebrigen entscheidet, ob die mehreren Sachen als zusammengehörend verkauft sind[92]) und ob die Trennung der mangelhaften von den anderen Sachen nicht ohne Nachtheil für die eine oder andere Partei geschehen kann[93]). § 469 BGB. Beim Vorliegen dieser doppelten Voraussetzung kann die durch die Trennung benachtheiligte Partei Erstreckung der Wandelung auf alle Sachen verlangen[94]). D. h. es kann diesenfalls der Käufer in Ansehung aller Sachen wandeln, der Verkäufer verlangen, daß der Käufer sein Wandelungsrecht in Ansehung aller Sachen oder keiner ausübe.

Erstreckt sich die Wandelung hiernach nur auf einzelne Sachen, welche mit anderen für einen Gesammtpreis verkauft sind, so ist schließlich noch der zurückzugebende Preis zu bestimmen. § 471 faßt dies als eine entsprechende Herabsetzung des Gesammtpreises auf.

---

88) Darauf wurde fälschlich in älterer Zeit allein gesehen (vgl. l. 34 pr., l. 64 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1). S. aber schon l. 38 § 14, l. 59 § 1 Dig. eod. und jetzt § 469 BGB.

89) Z. B. bei Pendantbildern, einem Zweigespann oder Viergespann, einer Uniform oder einem sonstigen Schmuck, der aus mehreren Stücken besteht, selbst wenn die Stücke zu Einzelpreisen verkauft sind.

90) Gemeint ist nicht nur das Zubehör (Bd. I § 60), sondern auch Nebensachen anderer Art (Bd. I § 61).

91) Also die Wandelung wegen eines Mangels der Nebensache ist in Ansehung dieser allein möglich.

92) Dies ist Thatfrage. Es kommt darauf an, ob nach den Umständen, insbesondere nach Verkehrsgrundsätzen der Käufer die eine Sache ohne die andere nicht hätte erwerben, der Verkäufer sie nicht einzeln hätte abgeben wollen.

93) Eine zweite Thatfrage! Z. B. ein mehrbändiges Werk würde vielleicht nicht bandweise gekauft und verkauft sein, aber wenn die einzelnen Bände zu haben sind, tritt ein Nachtheil durch Rückgabe eines einzelnen Bandes nicht ein.

94) Also eventuell auch der Verkäufer! — Der Nachtheil muß von der betreffenden Partei dargethan werden. Sonst wird er nicht berücksichtigt und bleibt es bei der Wandelung der mangelhaften Sache.

Der Gesammtpreis (gp) ist in dem Verhältniß herabzusetzen (x), in welchem zur Verkaufszeit der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen in mangelfreiem Zustand (gw) zum Werth der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (w) stand[95]). Waren neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis andere Gegenstände zu leisten, so sind diese nach ihrem Werth zur Zeit des Kaufabschlusses in Geld zu veranschlagen. Arg. § 473 BGB.[96]). Die Herabsetzung erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise[97]). Ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer die Differenz dem Käufer zu vergüten. Aber (nach § 473) in Geld nur, wenn die Nebenleistung in nicht vertretbaren Sachen bestand[98]). Ging sie auf vertretbare Sachen z. B. Getreide, so hat die Vergütung der Differenz an den betreffenden Sachen selbst nach Maßgabe der erfolgten Abschätzung stattzufinden[99]).

3. Grundsätze der Preisminderung.

Bei der Preisminderung handelt es sich nicht um ein Abgehen vom Vertrage, sondern nur um richtige Preisberechnung mit Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit der Sache. Wir haben gesehen, daß diese Berechnung regelmäßig mit dem Vollzug der Minderung verbunden wird, ja bei gerichtlicher Geltendmachung des Minderungsanspruchs verbunden werden muß[100]). Nur die Grundsätze der Preisberechnung sind also hier anzuschließen. § 472 schreibt für die Herabsetzung des bedungenen

---

95) Die Gleichung lautet also: gp : x = gw : w. D. i. $x = \frac{gp \times w}{gw.}$.
Z. B. zwei Statuen sind für 5000 Mark (gp) verkauft. Ihr Gesammtwerth war 4000 Mark (gw). Die eine Statue soll wegen eines Mangels zurückgegeben werden. Der Werth der anderen für sich allein ist 1000 Mark (w). Also ist $x = \frac{5000 \times 1000}{4000} = \frac{5000}{4} = 1250$ Mark.

96) Dort ist zwar nur von vertretbaren Sachen die Rede. Aber Satz 1 des Paragraphen verträgt eine analoge Ausdehnung wegen Gleichheit des Grundes.

97) Also die Veranschlagung der neben dem Geldpreis festgesetzten Leistungen in Geld für den Gesammtpreis (gp) erfolgt nur rechnerisch, um den abzusetzenden Betrag (x) zu ermitteln. Der Abzug dieses Betrags erfolgt stets vom realen Geldpreis, wie er bedungen war. Daher kann es kommen, daß sich ein Minus ergibt, welches vom Verkäufer dem Käufer zu vergüten ist.

98) Oder solche zum Gegenstande hatte. Derartige Individuen behält der Verkäufer resp. hat sie, wenn sie noch nicht geleistet waren, unverkürzt zu beanspruchen.

99) Jedenfalls ist nach § 473 BGB. dem Verkäufer nicht zuzumuthen, hier die Preisdifferenz in Geld herauszuzahlen. Er kann sich durch Rückgabe oder Verzicht auf ein entsprechendes Quantum jener Nebenleistung befreien. So auch Planck, Oertmann zu § 473; Dernburg § 187 Note 6.

100) S. o. Ziff. 1 lit. b. — Ein Ausschluß aus Gründen wie bei der Wandelung (Ziff. 2a) findet nicht statt, z. B. nicht wegen Abhandenkommens zc. der Kaufsache. Ebenso ist das Minderungsrecht theilbar, kann also von mehreren Betheiligten pro parte ausgeübt werden.

Kaufpreises (Minderung) dasselbe Verfahren vor wie für die Herabsetzung eines Gesammtpreises bei theilweiser Wandelung[101]). Es ist also der Kaufpreis (p) in dem Verhältnisse herabzusetzen (x), in welchem zur Verkaufszeit der Werth der Sache in mangelfreiem Zustand (mf. w) zum wirklichen Werth der Sache (w) stand[102]). Der maßgebende Zeitpunkt für die Berechnung ist der Kaufabschluß: zwischenzeitliche Verschlechterungen der Sache sind also zu Lasten des Käufers, Verbesserungen zu seinem Vortheil. Auch ein zwischenzeitlicher günstiger Weiterverkauf der Sache beeinträchtigt die Rechte des Käufers nicht[103]).

Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis andere Gegenstände zu leisten, so sind diese wiederum nach ihrem Werth zur Zeit des Kaufabschlusses in Geld zu veranschlagen. Die Minderung erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise. Ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer dem Käufer die Differenz zu vergüten — sei es in natura (wenn die Nebenleistung vertretbare Sachen zum Gegenstande hat), oder in Geld (in den übrigen Fällen). § 473 BGB[104]).

Bei Verkauf mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis, wobei sich nur einzelne Sachen als mangelhaft herausstellen, sind die Grundsätze der §§ 471, 472 zu verbinden. S. daselbst Abs. 2. Es ist also der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen in mangelfreiem Zustand (mf. gw) zur Zeit des Kaufabschlusses im Verhältniß zum Gesammtwerth derselben mit dem Mangel[105]) (gw) in die Formel einzustellen[106]).

---

101) Also wie im Falle § 471 BGB. S. o. zu Note 95. Im älteren Recht war die Berechnung streitig.

102) Die Gleichung lautet also wieder: $p : x = mf.w : w$. D. i. $x = \frac{p \times w.}{mf.w}$

Z. B. die Sache ist für 1000 Mark (p) verkauft. Ihr Werth zur Verkaufszeit in mangelfreiem Zustand wäre 1200 Mark (mf.w) gewesen; mit dem Mangel war sie 900 Mark werth (w). Also ist $x = \frac{1000 \times 900}{1200} = \frac{9000}{12} = 750$ Mark. D. h. (die Differenz von 1000 M. und 750 M. also) 250 Mark muß der Verkäufer sich abrechnen lassen.

103) Es handelt sich eben auch hier nicht um Schadensersatz, sodaß man sagen könnte, der Schaden des Käufers sei durch den vortheilhaften Weiterverkauf beseitigt oder gemindert. — Doch können die Parteien ausmachen, daß die Minderung nach anderen Grundsätzen z. B. nach Verhältniß des Marktwerths der Sache zur Zeit der Minderung u. dgl. erfolgen solle. Cosack § 127 II Ziff. 4b; Dernburg § 187 Note 3.

104) S. o. Ziff. 2 zu Note 98 ff.

105) Dabei ist zu berücksichtigen, daß wenn die Sachen zusammengehörten (s. o. Note 89 ff.), in Folge des Mangels der einen Sache auch der Werth der anderen beeinträchtigt werden kann. Letztere ist dann nur mit dem so geminderten Werthe in die Formel einzustellen. — Ebenso bei bedungenen Einzel-

Soll nach erfolgter Minderung wegen eines anderen Mangels nochmals gemindert werden[107]), so ist der Kaufpreis mangels anderweitiger Einigung der Parteien neuerdings nach dem Verhältniß zu mindern, als die Sache zur Zeit des Kaufabschlusses wegen beider Mängel zusammen weniger werth war[108]).

II. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser kann vom Käufer statt der Wandelung oder Minderung erhoben werden, wenn der Kaufsache zugesicherte Eigenschaften fehlen oder der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat[109]). § 463. Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[110]). Er beruht auf dem kontraktwidrigen Verhalten des Verkäufers[111]).

Mit Entscheidung für den Schadensersatzanspruch werden die minder intensiven Ansprüche auf Wandelung und Minderung ausgeschlossen[112]). Zum Vollzuge der Wahl gehört aber, daß der Anspruch vom Käufer nicht mehr mit Erfolg zurückgenommen werden kann[113]). Anderseits

---

preisen für mehrere in derselben Weise zusammengehörige Sachen. So mit Recht Dernburg § 187 Note 9.

106) Die letztere gestaltet sich dann (in Kombination der Noten 95 u. 102) wie folgt: $x = \frac{gp \times gw.}{mf. gw.}$

Also z. B. der Gesammtwerth aller verkauften Sachen in mangelfreiem Zustand wäre 10000 Mark gewesen, mit dem Mangel 8000 Mark. Der Gesammtpreis betrug 20000 Mark. Also ist $x = \frac{20000 \times 8000}{10000} = 16000$ M. D. h. der Gesammtpreis ist von 20000 Mark auf 16000 Mark herabzumindern. 4000 Mark muß der Verkäufer sich abrechnen lassen.

107) S. o. Ziff. 1 i. f.

108) Also es ist zu rechnen wie wenn noch gar keine Minderung stattgefunden hätte, und von dem hiernach vom Kaufpreis abzurechnenden Betrage ist abzuziehen, was Käufer in Folge der ersten Minderung bereits vom Kaufpreis zurückerhalten hat. Daraus ergibt sich, daß eventuell gar nichts mehr abzuziehen ist, da der Werth der Sache mit beiden Fehlern zur Zeit des Kaufabschlusses auch nicht geringer war als mit dem ersten allein. — Gegen eine Berechnung auf der Basis, als wenn der zum ersten Mal geminderte Preis der Kaufpreis wäre, mit Recht Dernburg § 187 Note 7. Eine solche Berechnung steht auch mit § 472 BGB. in Widerspruch. Danach ist stets der „Kaufpreis" zu mindern, nicht der durch die erste Minderung erzielte Minderpreis.

109) Wegen des kritischen Zeitpunkts der Mängel s. o. § 221 Ziff. 2.

110) S. o. § 220 Note 30. Der Ersatz besteht in der Differenz dessen, was der Käufer gehabt haben würde, wenn ihm ohne den Mangel geleistet worden wäre, und was er nun hat. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Ersatzgrenzen (s. o. § 151). Z. B. der Käufer hat das gelieferte mangelhafte Bauholz verbaut und das Gebäude stürzt zusammen. Durch das gelieferte kranke Thier sind die übrigen im Stall des Käufers befindlichen angesteckt und gefallen.

111) Dies wird im röm. Recht besonders deutlich, indem das Interesse mit der Kaufklage (actio emti) verfolgt wird. — Ueber Wegfall des Anspruchs, wenn Käufer den Mangel kennt, s. o. § 220 Ziff. 6.

112) S. o. § 220 Ziff. 4 ff.

113) Ob dies möglich ist, beurtheilt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ein-

kann dieser Anspruch im praktischen Ergebniß der Wandelung gleichkommen: wenn nämlich das Interesse des Käufers durch Behalten der mangelhaften Sache und Gelderſatz nicht gedeckt wird[114]).

War zunächst Wandelung oder Minderung verlangt, so wird der Schadensersatzanspruch im gleichen Zeitpunkt ausgeschlossen[115]), in dem auch die Wahl zwischen Wandelung und Minderung konsumirt wird[116]).

III. Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften bei Gattungskäufen.

Dieser Anspruch steht, wie wir sahen, bei der bezeichneten Vertragsgattung dem Käufer neben den vorher besprochenen Rechten zur Wahl[117]) soweit deren Voraussetzungen vorliegen: also alternativ mit Wandelung oder Minderung oder wahlweise mit allen vorbesprochenen drei Ansprüchen[118]). § 480 BGB.

Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften ist an sich nichts anderes als ein Anspruch auf Vertragserfüllung. Er wird aber den Regeln der Wandelung unterworfen[119]) d. i. zu einem Anspruch auf Umtausch der Sache gestaltet. So unterliegt er der kurzen Verjährung der Gewährleistungsansprüche[120]), — ist wie diese ausgeschlossen, wenn der Käufer die gelieferte Sache in Kenntniß des Mangels ohne Vorbehalt angenommen

---

seitige außergerichtliche Erklärung wird man (mit Cosack § 127 IV Ziff. 1a) nur dann für genügend halten können, wenn man sie aus dem Wahlrecht der §§ 325 ff. BGB. herleitet (s. o. § 220 Note 33). Aber die Konstruktion ist hier eine andere (s. § 220 bei Note 34—36). Es wäre auch seltsam und wenig sachentsprechend, wenn es zur Wandelung und Minderung nur durch Vertrag (§ 465 BGB.), zu dem viel intensiveren Schadensersatz schon durch einseitige Erklärung des Käufers käme! Der einseitig erklärte Entschluß kann hier keine größere Kraft haben, als bei wahlweisen Ansprüchen überhaupt. Die Erhebung der Schadensersatzklage wirkt konsumirend, wenn die Rücknahme der Klage prozessualisch unzuläſſig geworden ist. S. o. bei Note 34. (Das Gesagte ist auch nicht unbillig. Der kontraktwidrig handelnde Verkäufer hat kein Recht auf sofortige Erledigung der Wahl. S. o. Note 39.)

114) Ebenso kann der Effekt der Minderung herauskommen, wenn die Ersatzansprüche des Käufers nur in solch beschränktem Maße anerkannt werden, daß sie sich mit einem Theil des Kaufpreises kompensiren.

115) Uebrigens bezieht sich der Ausschluß nicht auf deliktische Ansprüche. S. o. Note 81.

116) S. darüber oben zu Note 31—34 u. Note 48 ff. Gleichgültig ob auch die letzteren Ansprüche beide in Frage stehen. — Bei neu hervortretenden Mängeln s. Note 54.

117) S. o. § 220 Ziff. 2, 4 u. 5. Ueber die geschichtliche Entwickelung Note 20 daselbst.

118) Bei erfolgter Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache oder arglistigem Verschweigen von Fehlern. § 480 Abs. 2.

119) S. o. § 220 Ziff. 4a.

120) S. u. § 223.

hat[121]), — und wird in Ansehung des Wahlvollzuges wie die Wandelung behandelt[122]). Auch die Ausführung des Umtauschs erfolgt nach Wandelungsgrundsätzen[123]). Es muß also z. B. Käufer gegen Empfang der mangelfreien Sache die empfangene Zug um Zug zurückgeben, hat in Ansehung der Rückgabe dieselben Pflichten wie bei der Wandelung und verliert sein Austauschsrecht aus denselben Gründen, welche die Wandelung ausschließen.

§ 223.

γγ. Verjährung der Ansprüche, Gewährschaftseinrede und Aufrechnung.

1. Die nicht auf Schadensersatz gerichteten Gewährschaftsansprüche verjähren in kurzer Zeit[1]). Dasselbe gilt auch für den Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wenn er lediglich auf den Mangel zugesicherter Eigenschaften gestützt wird[2]). Denn die Ermittelung und Feststellung der Mängel, namentlich auch daß sie im kritischen Zeitpunkt vorhanden waren[3]), ist nach längerer Zeit kaum mehr ausführbar[4]). Nur Arglist des Verkäufers verdient in keiner Hinsicht Schutz. Der Schadensersatzanspruch des Käufers verjährt hier erst in gewöhnlicher Zeit, d. h. regelmäßig in 30 Jahren[5]).

2. Abgesehen davon verjähren die Gewährleistungs-

121) § 460 BGB. S. o. § 220 Ziff. 6.

122) Die §§ 465 ff. BGB. sind anwendbar. S. o. zu Note 31 ff.

123) Arg. §§ 467 S. 1 (daß die Vertragskosten nicht zu ersetzen sind, versteht sich von selbst, da es beim Vertrage bleibt), 469, 470, 474 BGB., die nach § 480 entsprechende Anwendung finden. S. o. zu Note 59 ff.

1) Also der Wandelungs-, Minderungs- und Austauschsanspruch (o. § 222 Ziff. I u. III). Die beiden ersteren beruhen schlechthin auf der Billigkeit, und dieser wird durch Möglichkeit der Geltendmachung binnen kurzer Frist genügt. Der Anspruch sub III ist, wie wir sahen, den Regeln der Wandelung unterworfen, sodaß auch für ihn das Gleiche gilt.

2) Es liegt zwar Kontraktwidrigkeit vor. Aber die Zusicherung wird laxer behandelt (im Anschluß an das Recht der alten dicta et promissa). Der praktische Zweck der kurzen Verjährung würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Ersatzanspruch wegen Zusicherungen ausgedehnt würde.

3) S. o. § 221 Ziff. 2.

4) Schon die älteren Rechte bestimmten daher regelmäßig eine kurze Verjährungsfrist. So das röm. Recht wenigstens für die ädilicischen Klagen, und zwar für die actio redhibitoria 6 Monate, für die actio quanti minoris 1 Jahr. Vgl. l. 19 § 6, l. 38 pr., l. 48 § 2, Dig. de aed. ed. 21. 1. Doch empfahl sich die Unterscheidung nicht. Neuere Rechte, z. B. das Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 343 ff., haben daher die kurze Verjährung für die verschiedenen Ansprüche gleichmäßig gestaltet und höchstens bei beweglichen und unbeweglichen Sachen die Frist verschieden bemessen. S. auch § 477 BGB.

5) Der Käufer, welcher nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist noch klagt, muß die Arglist des Verkäufers beweisen.

ansprüche beim Verkauf beweglicher Sachen in 6 Monaten, bei Grundstückskäufen in 1 Jahr[6]). Die Verjährung beginnt mit dem Augenblicke, in welchem Käufer in der Lage ist, sich durch körperliche Untersuchung der Sache von dem Vorhandensein der Mängel zu überzeugen[7]): demgemäß bei beweglichen Sachen mit deren Ablieferung d. i. Uebergabe von Hand zu Hand oder gleichgeltenden realen Vorgängen[8]), bei Grundstücken mit deren Uebergabe im Rechtssinne und gleichgeltenden Akten[9]). § 477 Abs. 1.

a) Uebrigens kann die kurze Verjährungsfrist auch durch Vertrag der Parteien verlängert werden[10]).

b) Hemmung und Unterbrechung dieser Verjährung folgen im Allgemeinen den gewöhnlichen Regeln[11]). Jedoch

α. eine Unterbrechung dieser Verjährung tritt auch schon durch Antrag des Käufers auf gerichtliche Feststellung der Mängel zur Sicherung des Beweises ein[12]), und dauert die Unterbrechung alsdann bis zur Beendigung dieses Verfahrens[13]). § 477 Abs. 2.

β. Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der (kurzen) Gewährleistungsansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der anderen[14]). § 477 Abs. 3.

3. Uebrigens kann sich der Käufer[15]) auch noch nach Voll-

---

6) Berechnung der Frist nach §§ 186 ff. BGB. S. o. Bd. I § 120.

7) Dies war die Absicht bei Abfassung des Gesetzes. S. Prot. Bd. 1 S. 702. Das röm. Recht hatte in ähnlichem Gedankengang die Frist nur als tempus utile aufgestellt. Vgl. l. 55 Dig. de aed. ed. 21, 1; Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 163.

8) Z. B. Uebergabe kurzer Hand (§ 929 i. f. BGB.). Nicht aber durch den bloßen Rechtsakt der Uebergabe oder was ihm gleichsteht, ohne körperliche Auslieferung: z. B. nicht durch Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 930, 931 BGB.) oder durch Uebergabe von Konnossementen, Lade- oder Lagerscheinen (§§ 424, 450, 647 HGB.) ꝛc. Hier besteht noch nicht die Möglichkeit der Untersuchung der Waare. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 28 ff.

9) Z. B. Uebergabe kurzer Hand, Besitzkonstitut, — da § 477 BGB. hier auf die Uebergabe sieht und diese Akte die Uebergabe ersetzen. (Dies erklärt sich, da die Uebereignung hier durch Umschreibung im Grundbuch erfolgt. Die „Uebergabe" und was ihr gleichsteht, betrifft hier nur den Besitz.) Zustimmend Dernburg § 190 Note 3; Oertmann § 477 Note 2b. A. M. Planck eod.

10) Gegen § 225 BGB. (s. o. Bd. I § 114 Ziff. 3). Selbstverständlich nicht über die Zeitdauer der ordentlichen Verjährungsfrist hinaus. Denn § 225 ist zwingende Rechtsvorschrift. Trotzdem gibt es einige Dissentienten.

11) S. o. Bd. I § 116.

12) S. §§ 485 ff. CPO. Nach § 488 eod. ist nicht erforderlich, daß ein Verlust des Beweismittels zu besorgen steht.

13) Die §§ 211 Abs. 2 u. 212 BGB. finden entsprechende Anwendung.

14) Sonst würde das Recht der wahlweisen Geltendmachung dieser Ansprüche (s. o. § 222) gestört.

15) Es liegt hier einer der Fälle vor, in denen man sagen kann: „Anspruch vergeht, Einrede besteht". Ueber die Konstruktion s. o. Bd. I § 36 Ziff. 2.

endung der Verjährung[16]) in der Weise auf den Mangel berufen, daß er daraus eine Einrede wider die Zahlung des Preises herleitet[17]). Die Mängel der Kaufsache erzeugen also nach Ablauf der Gewährleistungsansprüche (oben § 222) auch noch eine Einrede — die sog. Gewährschaftseinrede.

a) Doch ist diese Einrede an besondere Voraussetzungen geknüpft. Es muß nämlich der Käufer, sofern kein arglistiges Verschweigen des Mangels von Seiten des Verkäufers vorlag[18]), entweder

α. vor Ablauf der Verjährungszeit dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder wenigstens die betreffende Anzeige an ihn abgesendet haben[19]);

β. oder er muß vor Vollendung der Verjährung den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme wegen des Mangels gestellt[20]); oder endlich

γ. in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreit dem Verkäufer den Streit verkündet haben[21]). § 478 BGB.

b) Ist die Gewährschaftseinrede in dieser Weise gewahrt, so ist sie dauernd wie alle Einreden[22]). Ihr Inhalt geht dahin, daß Käufer fortan die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern darf, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. § 478 S. 1. Wäre mithin ohne die Verjährung totale Wandelung[23]) statthaft, so kann der ganze Kauf-

---

16) Der kurzen (unter Ziff. 2 besprochenen), wie der gewöhnlichen 30jährigen (im Fall der Arglist der Verkäufers). S. § 478 Abs. 2 BGB.

17) Nicht zu verwechseln mit den oben § 222 Note 2 erwähnten Fällen der vertheidigungsweisen Einwendung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers gegen das Verlangen des letzteren auf Zahlung des Preises oder Abnahme der Waare.

18) In diesem Falle hat der Käufer die Gewährschaftseinrede ganz unbeschränkt auch nach Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche. § 478 Abs. 2 BGB. — Die Arglist als Voraussetzung der Einrede hat der Käufer auch in diesem Falle zu beweisen.

19) Also Empfang vor Ablauf der Frist wird (gegen die Regel Bd. I § 88) nicht für nöthig erklärt. — Käufer muß den Beweis der rechtzeitigen Anzeige (z. B. durch Postschein, Zustellungsurkunde) führen. Verkäufer trägt die Gefahr der gehörig abgesendeten Anzeige.

20) S. o. Note 12.

21) S. §§ 72 ff. CPO. Dieser Fall ist sehr wichtig. Er knüpft an das oben § 222 bei Note 72 Gesagte an. Bis die Sache bei mehrmaliger Veräußerung an den ersten Verkäufer zurückkommt, vergeht oft viel Zeit. Wird die Verjährung nicht nach § 215 BGB. unterbrochen, so wird durch die Streitverkündung wenigstens die Gewährschaftseinrede erhalten.

22) Namentlich ist sie unverjährbar. S. Bd. I § 114 zu Note 9.

23) Nicht blos Herabsetzung eines Gesammtpreises wie im Falle § 471 BGB.

preis, — sonst nur ein entsprechender Theil desselben[24]) verweigert werden[25]).

4. Schließlich kann unter gleichen Voraussetzungen[26]) nach Vollendung der Verjährung noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[27]) wider den Verkäufer zur Aufrechnung gebracht werden. Dies geht weiter als die Gewährschaftseinrede[28]); aber die Berufung auf die Mängel erfolgt doch auch hier nur zum Zweck der Vertheidigung[29]).

§ 224.

γ. Gewährleistung beim Viehhandel.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß unser Gesetz beim Viehkauf einem anderen, dem sog. deutschrechtlichen System folgt[1]), nach welchem der Verkäufer nicht für alle[2]), sondern nur für einzelne: sog. Hauptmängel des verkauften Thieres haftet, und auch für diese nur sofern sie binnen bestimmter Gewährfristen hervortreten. Dieses System empfiehlt sich beim Viehkauf durch seine Einfachheit[3]). Eine genaue Beweisführung, insbesondere über die Zeit des Eintritts der Mängel[4]), würde hier oft nicht zum Ziele führen — die Genauigkeit im Einzelfalle mit einer allgemeinen Unsicherheit der Rechtslage erkauft: es empfiehlt sich hier mehr ein System, das an die (leicht erkennbare) Außenseite der Dinge anknüpft — einfache und klare Verhältnisse

---

24) Bei Herabsetzung eines Gesammtpreises sowie bei der Minderung (§§ 471, 472 BGB.) rc. S. o. § 222 Ziff. I.

25) Bei Einklagung des Kaufpreises durch den Verkäufer hat insoweit auf Grund der Einrede ein abweisendes Urtheil zu ergehen. — Ergeht es auf Grund der Wandelungseinrede, so erwächst dem Verkäufer aus dem rechtskräftigen Urtheil der Anspruch auf Rückgewähr der Kaufsache im oben § 222 I Ziff. 2b entwickelten Sinne. S. darüber Eccius a. a. O. S. 322; Dernburg § 191 Ziff. I.

26) Also unter den Voraussetzungen Ziff. 3a oben (Wahrung der Mängelrüge).

27) S. o. § 222 Ziff. II.

28) Die Aufrechnung ist keine Einrede (s. z. B. Bd. I § 36): es erhält sich hier der Anspruch, und sogar der auf Schadensersatz; aber nur für die Aufrechnung.

29) Solange keine Ansprüche wider den Käufer erhoben werden, hat er meist gar keine Veranlassung, wegen der Gewährsmängel selbständig vorzugehen.

*) S. Dieckerhoff, Gerichtliche Thierarzneikunde (2. Aufl. 1899) S. 67; Hirsch u. Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel (1900ff.). Chr. Meisner, Die Vorschriften des BGB. betr. die Viehgewährschaft.

1) S. o. § 220 Ziff. 3; § 221 Note 1.

2) Wie nach dem allgemeinen System oben § 221 Ziff. 1.

3) S. o. § 220 Note 17.

4) Ueber diesen sog. „kritischen Zeitpunkt" nach der allgemeinen Lehre s. o. § 221 Ziff. 2.

schafft. Diese bot das deutsche System[5]). Doch hat unser Gesetz dieses nur für gewisse Thiergattungen angenommen, die als die hauptsächlichsten Objekte des Viehhandels erscheinen: nämlich für Pferde, Esel, Maulesel und Maulthiere, für Rindvieh, Schafe und Schweine. § 481 BGB. Für alle anderen Thiere bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften[6]).

1. Soweit unser Gesetz hiernach Sonderbestimmungen für den Viehhandel aufstellt, hat es die letzteren dennoch nach Möglichkeit mit den allgemeinen Vorschriften in Einklang zu bringen versucht, sodaß sie nur als deren Anhang erscheinen[7]). So bleibt es auch hier bei den meisten grundlegenden Bestimmungen dieser Haftung[8]). Der Anspruch auf Preisminderung ist jedoch ausgeschlossen[9]). § 487 Abs. 1. Das Vorhandensein gewöhnlicher (hier Haupt-)Mängel ist zu unterscheiden von der Haftung des Verkäufers wegen Kontraktwidrigkeiten, die nach dem dort Gesagten[10]) liegen können

a) in der Zusicherung besonderer Eigenschaften des verkauften Viehs (Versicherung der Abwesenheit von Haupt- oder anderen Mängeln oder des Vorhandenseins bestimmter Vorzüge des Thiers). § 492 BGB. Der Verkäufer haftet bei Nichterfüllung solcher Zusagen auf vollen Schadensersatz[11]) (es sei denn, daß nach der Vertragsabsicht die Zusicherung nicht als Garantieübernahme, sondern als bloße Uebernahme der Gewährpflicht zu verstehen ist[12]): sei es für Hauptmängel nach Maßgabe des Gesetzes oder nach denselben Regeln[13]) für andere Mängel).

b) Hat der Verkäufer dem Käufer Hauptmängel arglistig verschwiegen, so hat letzterer gleicherweise das Recht auf vollen Schadensersatz[14]). In anderen Arglistfällen wird Käufer gegebenenfalls den

---

5) Andere Rechte, die mit den Schwierigkeiten des röm. Systems auf diesem Gebiete aufräumen wollten, haben die Gewährleistung beim Viehhandel ganz abgeschafft. Aber das heißt das Kind mit dem Bade ausschütten.

6) Wir haben also in Ansehung des Verkaufes von Thieren ein kombinirtes System.

7) Vgl. § 481 BGB., wonach die allgemeinen Vorschriften insoweit gelten sollen, als sich nicht aus den nachfolgenden Paragraphen ein Anderes ergibt.

8) S. o. § 220.

9) S. über den Grund schon oben § 220 Note 17.

10) S. o. § 220 Ziff. 2.

11) §§ 481, 490, 492 BGB. S. über den Ersatzanspruch oben § 222 Ziff. II.

12) Wie dies im gewöhnlichen Viehhandel nicht selten zutreffen wird. Dieckerhoff a. a. O. S. 116.

13) Also im Sinne von § 492 BGB. zu Anfang.

14) S. o. § 222 Ziff. II.

Kauf anfechten und nach den allgemeinen Vorschriften Schadensersatz fordern können[15]).

c) Bei Gattungskäufen besteht auch hier der besondere Anspruch des Käufers, daß ihm an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Thier geliefert werde[16]). § 491 BGB.[17]).

Ebenso gilt von den allgemeinen Regeln der Satz, daß die Haftung für Hauptmängel vom Verschulden des Verkäufers unabhängig ist, daß aber die Haftung wegfällt, wenn der Käufer den Mangel kannte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können[18]). Es gilt der Satz, daß die Gewährschaft vertragsmäßig abgeändert (verschärft oder gemildert) werden kann[19]); nur daß die Abrede hier einen viel weiteren Spielraum hat. Die Parteien können nämlich (da hier kraft Gesetzes nur für Hauptmängel und innerhalb bestimmter Gewährfristen gehaftet wird) die Haftung auf andere Mängel, mit und ohne Gewährfrist erstrecken, auch die Gewährfristen selbst verlängern oder verkürzen. §§ 486, 492 BGB. Alle diese Abreden sind nach ihrem besonderen Inhalt auszulegen und demgemäß die Rechte der Parteien zu bestimmen. Eine gesetzliche Auslegungsregel fehlt. Insbesondere ist die im Leben sehr häufige allgemeine Klausel, daß das Thier „gesund und fehlerfrei" sei, keineswegs blos von der Abwesenheit von Hauptmängeln zu verstehen[20]). Ist einfach „Gewährleistung" für andere als Hauptmängel oder für besondere Eigenschaften des Thieres übernommen[21]), so finden nach § 492 regelmäßig die gesetzlichen Vorschriften über die Haftung wegen Hauptmängel entsprechende Anwendung[22]).

2. Der Satz, daß der Käufer die Mängel und ihr Vorhandensein im kritischen Zeitpunkt — d. i. regelmäßig in dem Augenblick, da die Gefahr auf den Käufer übergeht — zu beweisen hat[23]),

15) S. o. Bd. I § 95 bes. bei Note 13. Dernburg § 192 Note 4.

16) S. über diesen Anspruch im Allgemeinen oben § 222 Ziff. III. Ueber seine Gestaltung bei Viehkäufen s. u. Ziff. 5.

17) Vgl. hierzu auch oben § 220 bei Note 34.

18) Nach Anleitung unserer Ausführungen in § 220 Ziff. 6.

19) S. o. § 220 Ziff. 8. Desgleichen, daß sie bei Zwangsverkäufen kraft Gesetzes nicht eintritt.

20) Eine solche Auslegungsregel fand sich im Entwurf. Sie wurde aber gestrichen. Der geschäftsunkundige Käufer denkt bei einer derartigen allgemeinen Versicherung nicht blos an Hauptmängel. Die Klausel ist von Fall zu Fall auszulegen.

21) S. schon oben bei Note 12 ff.

22) S. darüber noch unten Ziff. 8.

23) S. o. § 220 Ziff. 7, § 221 Ziff. 2. Letzteres ist hier der eigentlich schwierige Beweis. Denn der Beweis der Krankheit des Thieres überhaupt ist durch den Augenschein leicht zu erbringen.

gilt als solcher auch hier. Nur wird er durch das Institut der Gewährfristen erheblich unterstützt und begrenzt. Wie nämlich der Verkäufer nicht haftet, wenn der Mangel nicht innerhalb der Gewährfrist hervortritt[24]), so wird umgekehrt von dem in der Gewährfrist hervorgetretenen Mangel vermuthet, daß er im kritischen Zeitpunkt vorhanden gewesen sei. § 484[25]).

3. Die Besonderheiten des Viehgewährschaftssystems beruhen also auf Normirung der Hauptmängel und der Gewährfristen. § 482 BGB. weist die Bestimmung derselben im Einzelnen kaiserlicher (mit Zustimmung des Bundesrathes zu erlassender) Verordnung zu. Danach sind die Hauptmängel und die für jeden geltende Gewährfrist besonders festgesetzt[26]). Kraft Gesetzes haftet der Verkäufer nicht für andere als die hier aufgezählten Mängel, und seine Haftung erlischt, wenn der Mangel erst nach Ablauf der dafür bestimmten Gewährfrist zu Tage tritt.

a) Die Gewährfrist beginnt mit Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht. § 483 BGB. Alsdann berechnet sich die Frist nach der gewöhnlichen Tagesberechnung[27]). Tritt innerhalb dieser Frist der Mangel zu Tage, so wird vermuthet, daß er im Augenblicke des Gefahrübergangs vorhanden gewesen sei. § 484.

b) Ferner[28]) hängt der Gewährleistungsanspruch von rechtzeitiger

---

24) § 482 Abs. 1 BGB.

25) Der Gegenbeweis des Verkäufers wird dadurch nicht ausgeschlossen.

26) Um eine leichtere Abänderung zu ermöglichen. Denn die ganze Festsetzung beruht auf dem derzeitigen Resultat der thierärztlichen Wissenschaft und soll mit dieser fortschreiten. Die gegenwärtige Verordnung ist vom 27. März 1899. Dieselbe setzt die Hauptmängel und die für jeden derselben bestimmte Gewährfrist fest. So

1. für Nutz- und Zuchtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   a) bei Pferden, Eseln, Mauleseln, Maulthieren: Rotz, Dummkoller, Dämpfigkeit, Kehlkopfpfeifen, periodische Augenentzündung, Koppen (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   b) bei Rindvieh: tuberkulöse Erkrankung, die den allgemeinen Nährzustand des Thieres beeinträchtigt, Lungenseuche (mit Gewährfristen von 14 bezw. 28 Tagen);
   c) bei Schafen: Räude (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   d) bei Schweinen: Rothlauf und Schweineseuche (mit Gewährfrist von 3 bezw. 10 Tagen).
2. für Schlachtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   ad 1 a: Rotz (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   ad b: tuberkulöse Erkrankung, wenn in Folge derselben mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts als Nahrungsmittel für Menschen nicht oder nur mit Beschränkungen geeignet ist (14 Tage);
   ad c: allgemeine Wassersucht (14 Tage);
   ad d: tuberkulöse Erkrankung wie bei b, Trichinen, Finnen (14 Tage).

27) S. § 188 BGB. u. oben Bd. I § 120.

28) Auch wenn der Mangel schon vor Ablauf der Gewährfrist hervortritt.

Anzeige des Mangels an den Verkäufer ab[29]. § 485. Die Anzeigefrist beträgt 2 Tage und beginnt mit dem Tode des Thiers, falls letzteres noch innerhalb der Gewährfrist verendet oder getödtet worden ist[30], andernfalls mit dem Ablauf der Gewährfrist. Erfolgt die Anzeige nicht innerhalb der Frist, so verliert der Käufer seine Ansprüche wegen des Mangels. Doch genügt die Absendung der Anzeige innerhalb der Frist[31], ebenso Klagezustellung, Streitverkündung an den Verkäufer oder der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises[32]. — Im Fall der Arglist des Verkäufers bedarf es der Anzeige ꝛc. nicht[33].

4. Es ist schon bemerkt, daß Käufer wegen des Mangels niemals Preisminderung, wohl aber Wandelung oder (bei Arglist des Verkäufers oder Fehlen zugesicherter Eigenschaften) vollen Schadensersatz, — bei Gattungskäufen auch Umtausch des Thiers gegen ein mangelfreies verlangen kann[34]. Hinsichtlich der Wandelung gelten folgende besonderen Grundsätze.

a) Die Wandelung kann auch stattfinden, wenn das Thier nicht mehr vorhanden, untergegangen ist, oder aus sonstigen Gründen nicht mehr zurückgegeben werden kann; insbesondere wenn es geschlachtet ist[35]. So selbst wenn der Käufer das Thier schuldhafterweise hat zu Grunde gehen lassen[36], oder wenn er es weiterveräußert hat und aus den gleichen beim Erwerber eingetretenen Gründen zur Rückgabe außer Stande ist[37]. Kann das Thier in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Ereignisses nicht zurückgegeben werden, so ist dessen Werth zu vergüten[38]. § 487 Abs. 2.

---

29) Damit der Verkäufer sofort weiß, daß seine Gewährleistungspflicht in Anspruch genommen wird, sodaß er auch seinerseits das Thier untersuchen und seine eventuellen Gegenbeweise sammeln kann.

30) Der Todestag des Thiers wird nach allgemeinen Grundsätzen nicht mitgerechnet. S. über die Fristberechnung §§ 187, 188 BGB.

31) Gegen die allgemeinen Grundsätze Bd. I § 88. Das Detail ist wie zu § 478 BGB. S. o. § 223 Note 19.

32) S. §§ 485 ff. CPO. Der Antrag ist regelmäßig bei dem Amtsgericht des Ortes anzubringen, wo sich das Thier befindet. § 486 Abs. 2 u. 3 CPO.

33) Wie in § 223 Ziff. 3 Note 18. — Der Käufer hat zur Geltendmachung seiner Rechte entweder die Wahrung der Frist oder die Arglist des Verkäufers zu beweisen.

34) S. o. Ziff. 1. — Ueber den Ersatzanspruch ist hier nichts mehr zu sagen. Nur über die beiden anderen Ansprüche. S. Ziff. 4 u. 5.

35) Im Gegensatz zu §§ 351—353 BGB. u. oben § 222 I Ziff. 2a. Das Wandelungsrecht mußte ausgedehnt werden, da Minderung nicht stattfindet.

36) Z. B. das Sachverständigengutachten lautet auf Heilbarkeit der Krankheit, während der Käufer das Thier vorzeitig dem Schlächter überantwortete.

37) Im Uebrigen verbleibt es bei der Herausgabepflicht der Surrogate (§ 281 BGB.).

Bei bloßen Verschlechterungen ist zu unterscheiden:

α. Eine wesentliche Verschlechterung wird wie vollständiger Untergang des Thieres behandelt. Verkäufer braucht also das Thier nicht zurückzunehmen und kann, wenn die Verschlechterung vom Käufer zu vertreten ist, den Werth fordern[39]).

β. Ist die Verschlechterung unwesentlich, so darf der Käufer das Thier zurückgeben und hat, wenn er für die Verschlechterung verantwortlich ist, den Minderwerth des Thieres zu vergüten[40]). § 487 Abs. 3[41]).

b) Die Verpflichtungen des Käufers aus der Wandelung[42]) werden durch die obigen Vergütungen vermehrt. Dagegen hat er Nutzungen des Thieres nur insoweit zu ersetzen, als er sie wirklich gezogen hat[43]) — es liege denn in der Nichtziehung ein Verstoß gegen Treu und Glauben[44]). § 487 Abs. 4.

Anderseits hat der Verkäufer außer den gewöhnlichen Leistungen[45]) dem Käufer auch die erforderlichen Kosten der Fütterung und Pflege, der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thieres zu ersetzen[46]). § 488[47]).

c) Schließlich kann nach Erhebung der Wandelungsklage[48]) jede Partei die öffentliche Versteigerung des Thieres und Hinterlegung des Erlöses beantragen, sobald die Besichtigung des Thieres

---

38) Der wahre Werth des Thieres zur Zeit des Vollzugs der Wandelung. Planck § 487 Note 2a.

39) Schon im § 351 wird die wesentliche Verschlechterung dem Untergange gleichgestellt, also auch hier. S. auch a contr. § 487 Abs. 3.

40) Die Werthminderung vom Kauf bis zum Vollzug der Wandelung (vgl. oben Note 38). Die Abschätzung des Minderwerths wird freilich oft nicht leicht sein.

41) Im Uebrigen s. Note 37 für beide Fälle.

42) S. im Allgemeinen oben § 222 I Ziff. 2b.

43) Nicht insoweit er sie nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft hätte ziehen können (oben § 222 zu Note 85). Das kranke Thier braucht nicht zur Wirthschaft verwendet zu werden.

44) Replicatio doli. S. o. Bd. I § 36. Vgl. Dernburg § 192 Note 6.

45) S. o. § 222 zu Note 80ff.

46) Dem Wesen nach sind dies Verwendungen auf die Kaufsache, die aber häufig außer Verhältniß zum Werthe derselben stehen, und daher durch besondere Vorschrift zu regeln waren. Das Gesetz erklärt sie (in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzen) für ersatzfähig, weil der Käufer regelmäßig keine entsprechenden Nutzungen aus dem kranken Thiere erlangt. Soweit er solche erlangt hat, sind sie selbstredend gegen den Aufwand zu verrechnen.

47) Sonstige Schadensersatzansprüche folgen auch hier nicht aus der Wandelung: z. B. Aufwendungen zum Schutze gegen Seuchengefahr ꝛc. S. § 222 Note 81.

48) Oder sonstiger Anhängigkeit des Rechtsstreits.

nicht mehr erforderlich ist[49]). Dem Antrag ist beim Vorliegen dieser Voraussetzungen durch einstweilige Verfügung stattzugeben[50]). § 489.

5. Der Anspruch des Käufers auf Nachlieferung eines mangelfreien Thieres an Stelle des mangelhaften bei Gattungskäufen ist dem Wandelungsanspruch nachgebildet[51]). Doch findet der Umtausch, wenn das Thier nicht mehr vorhanden ist, nur im Rahmen der gewöhnlichen Vorschriften statt[52]). Die anderen Besonderheiten des Viehwandelungsrechts aber gelten auch hier[53]), da sie auf der Natur der Sache beruhen resp. sich aus praktischen Rücksichten empfehlen. § 491[54]).

6. Sämmtliche Viehgewährschaftsansprüche, mit Ausnahme des Schadensersatzanspruches wegen Arglist[55]), verjähren in 6 Wochen. Doch beginnt die Verjährung erst mit Ablauf der Gewährfrist[56]). Im Uebrigen gelten die allgemeinen Verjährungsvorschriften[57]) und die besonderen der Gewährschaftsverjährung[58]); doch sind die Fristen der §§ 210, 212, 215 BGB. auf 6 Wochen herabgesetzt[59]). Ebenso bleibt

7. nach Vollendung der Verjährung dem Käufer die Gewährschaftseinrede und die Befugniß der Aufrechnung seines Schadensersatzanspruchs wider die Kaufpreisforderung erhalten[60]), und zwar, da die Mängelanzeige an den Verkäufer hier nothwendig bereits einmal erfolgt ist[61]), ohne weitere Voraussetzungen. §§ 490[62]), 491.

---

49) Der Grund ist Kostenersparniß.

50) Erlaß der Verfügung durch das Prozeßgericht. S. §§ 937 ff. CPO. Das summarische Verfahren ist zur Beschleunigung vorgeschrieben. S. auch oben Bd. I § 132. Besondere Dringlichkeitsgründe brauchen nicht vorzuliegen (sie liegen in der Sache selbst).

51) S. o. § 222 Ziff. III. Danach müßten die obigen Ausdehnungen des Wandelungsrechts (Ziff. 4) an sich auch auf diesen Anspruch Anwendung finden. Doch ist dies nur zum Theil der Fall. S. den Text.

52) Also nicht, wenn das Thier aus den Gründen Ziff. 4a oben nicht mehr zurückgegeben werden kann.

53) S. o. Ziff. 4b und c.

54) Wegen der Verjährung s. noch unten Ziff. 6.

55) Entsprechend den allgemeinen Vorschriften oben § 223 bes. Ziff. 1. Hier verbleibt es bei der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung.

56) Der gesetzlichen oder vertragsmäßigen. §§ 482 ff., 486 BGB. Es schließt sich Frist an Frist an. — Die Verjährung beginnt also nicht (wie gewöhnlich) mit der Ablieferung des Thiers.

57) Bd. I §§ 114 ff.

58) § 477 BGB. u. oben § 223 Ziff. 2. Z. B. daß die Unterbrechung der Verjährung des einen Anspruchs auch für den anderen wirkt.

59) Es handelt sich um Fristen, bei deren Wahrung eine Unterbrechung der Verjährung als erfolgt oder nicht erfolgt gilt (s. o. Bd. I § 116 zu Noten 22, 27, 30). Diese Fristen sollen hier nicht länger sein als die ganze Verjährungsfrist.

60) S. o. § 223 Ziff. 3 u. 4.

61) S. o. Ziff. 3b. — Bei Arglist des Verkäufers ist sie überhaupt nicht erforderlich. §§ 478, 479 BGB.

8. Es ist bereits erwähnt, daß die Parteien die Viehgewährschaft durch Vertrag auch abweichend bestimmen können[63]).

a) Verlängern oder verkürzen sie die gesetzliche Gewährfrist, so gelten die obigen Regeln mit der Maßgabe, daß die bedungene Frist an Stelle der gesetzlichen tritt. § 486.

b) Ist vom Verkäufer Gewährleistung auch für andere als Hauptmängel übernommen, so haftet er dafür nach Viehwährschaftsregeln, nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung[64]). Die Haftung kann mit oder ohne Gewährfrist[65]) übernommen sein. Ersterenfalls ist Voraussetzung der Haftung, daß der Mangel sich in der Gewährfrist zeigt[66]). Letzterenfalls braucht der Mangel nicht binnen bestimmter Frist hervorzutreten: doch muß der Käufer das Vorhandensein des Mangels im Augenblicke des Gefahrübergangs beweisen. Die Verjährung der Ansprüche[67]) beginnt in diesem Fall mit Ablieferung des Thieres[68]). § 492.

D. Besondere Arten des Kaufs.

§ 225.

1. Kauf nach Probe.

An die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der Sache schließt sich der Kauf nach Probe[1]). § 494 BGB. Soll das Kaufobjekt einer beim Vertragsschluß vorliegenden Probe oder einem Muster entsprechen, so steht dies inhaltlich einer Zusicherung von Eigenschaften gleich wie sie das Muster aufweist[2]). Daneben

62) § 490 i. f. ist sehr undeutlich gefaßt. Man könnte danach glauben, daß für die Aufrechnung weniger Beschränkungen aufgestellt würden, als für die Einrede.

63) Modifizirte Uebernahme der Gewährleistung, im Gegensatz zur Zusicherung von Eigenschaften. S. o. Ziff. 1a und gegen Ende.

64) Also z. B. unter Ausschluß des Preisminderungsrechts; die Wandelung erfolgt nach den besonderen Grundsätzen von Ziff. 4; der Wandelungsanspruch verjährt in 6 Wochen ꝛc.

65) Die Dauer der Gewährfrist ist von den Parteien festzusetzen.

66) Dann wird sein Dasein im Momente des Gefahrübergangs nach § 484 BGB. vermuthet.

67) S. o. Ziff. 6.

68) Wie nach den allgemeinen Vorschriften. S. o. § 223 Ziff. 2.

1) Hier werden nur einzelne Kaufarten erwähnt, für die das Gesetz Sondervorschriften gibt. Andere sind etweder bei der Begriffsbestimmung des Kaufes erwähnt (wie z. B. der Baarkauf, Kreditkauf, Versendungskauf u. s. w.) oder sie sind nach der Parteiabrede und den Regeln des allgemeinen Schuldrechts zu beurtheilen (z. B. die in diem addictio). Ueber kaufähnliche Geschäfte s. noch unten § 229.

2) S. hierzu Cropp in Heise u. Cropp, Abh. Bd. 1 S. 208. Der Kauf ist

können noch andere Eigenschaften (ohne Rücksicht auf die Probe) zugesichert sein. Beides verträgt sich sehr gut[3]). Dennoch ist der Kauf nach Probe eine besondere Art des Kaufs[4]).

1. Entspricht der gelieferte Gegenstand der Probe nicht, so hat hiernach der Käufer die gewöhnlichen Ansprüche wegen Mängel der Sache (oben §§ 220ff.): er kann wandeln, mindern, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und eventuell die Lieferung probemäßiger Waare verlangen[5]). Anderseits ist die Frage der Uebereinstimmung mit der Probe nicht rein naturwissenschaftlich, sondern nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr[6]) sowie nach den Umständen des Falles[7]) zu beantworten[8]).

2. Im Streitfall hat, falls nicht die Waare schon angenommen war[9]), der Verkäufer die Probemäßigkeit seiner Lieferung zu beweisen[10]). Dies thut er regelmäßig durch Bezugnahme auf die Probe[11]). Ist sie nicht mehr vorhanden, so trifft ihn der Nachtheil seiner Beweislast[12]). Doch soll ihn dies selbstverständlich nicht dem Leichtsinn oder

---

also regelmäßig unbedingt; er ist nicht abhängig gemacht von einer Lieferung, die der Probe entspricht. Letzteres wäre ein andersartiges Geschäft. — Wieder verschieden ist der Kauf zur Probe: ein gewöhnlicher Kauf, bei dem nur der Beweggrund hervorgehoben ist (weitere Bestellungen machen zu wollen, wenn die Waare gefalle).

3) Z. B. das Gewebe soll ein bestimmtes vorgelegtes Muster aufweisen, dabei aber von einer besonderen Stärke oder feuerfest sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 19.

4) Dies bringt das Gesetz durch Stellung und Ueberschrift des § 494 deutlich zum Ausdruck und es hat praktische Folgen. Wie beim Handkauf (s. o. § 211 Ziff. 2), liegt ein besonderer Geschäftstypus vor, der vom gewöhnlichen abweicht. Klagt daher der Verkäufer den Preis ein, während Käufer nur einen Kauf nach Probe zugibt, so muß Verkäufer sein präsentes Recht, also daß nicht nach Probe gekauft ist, beweisen. S. schon oben Bd. I § 127 Note 13. A. M. Dernburg § 194 Ziff. III, Oertmann § 494 Note 4, aber nur mit Ausnahmen!

5) Vgl. §§ 459 Abs. 2, 462, 463, 480 BGB. — Heimliche Mängel der Probe sind nicht als bedungene Eigenschaften der Kaufsache anzusehen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 37.

6) Z. B. die eine Ernte fällt etwas anders aus als die andere; auch die fabrikmäßige Produktion liefert nicht durchweg gleiche Waare. Der Markt kennt aber regelmäßig eine gewisse Grenze der zulässigen Abweichung. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 86.

7) Bei richtiger Vertragsauslegung. S. Bd. I § 91.

8) Danach kann der Spielraum noch weiter, — umgekehrt aber auch absolute Uebereinstimmung mit der Probe erforderlich sein. Letzteres muß Käufer aber beweisen.

9) Arg. § 363 BGB. u. oben Bd. I § 127 i. f.

10) S. o. § 220 zu Note 67.

11) Es entscheidet dann sachverständiges Gutachten, ob das Gelieferte der Probe enspricht.

12) Natürlich kann der Verkäufer den ihm obliegenden Beweis auf jede andere Art führen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 88. OLG. Karlsruhe in

der Willkür des Käufers ausliefern. War also die Probe dem Käufer übergeben, so haftet dieser für sorgfältige Aufbewahrung und Vorlegung der Probe in dem Sinne, daß andernfalls den Angaben des Verkäufers über die Probemäßigkeit der Waare Glauben zu schenken und dem Käufer der Gegenbeweis aufzubürden ist, daß die Waare nicht probemäßig sei [13]).

Ist die Probe vorgelegt, bestreitet aber der Verkäufer die Identität, so muß er die mangelnde Identität beweisen [14]), da Verfälschungen nicht ohne Weiteres vermuthet werden. Außerdem hat der Verkäufer sich vertragsmäßig auf die dereinst vorzulegende Probe verbunden [15]).

3. Die Probe ist regelmäßig nicht als Theil der Hauptleistung anzusehen.

§ 226.

2. Kauf auf Probe*.

Der Kauf auf Probe oder „auf Besicht" ist ein bedingter Kauf [1]). Er steht unter der Bedingung der Billigung der Waare durch den Käufer. Dieser darf die Waare prüfen und sich alsdann entschließen, ob der Handel bestehen soll oder nicht [2]). § 495 BGB. Die Billigung ist einseitige Erklärung des Käufers: sie ist die Bedingung, auf deren Eintritt das Kaufgeschäft gestellt ist. Die Erklärung bedarf daher nicht der für den Kaufabschluß vorgeschriebenen Form [3]).

Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 38 S. 201. Der Text ist die herrschende Ansicht. A. M. Oertmann § 494 Note 4.

13) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 27, Bd. 23 S. 308 u. d. RG. Bd. 20 S. 5. Dernburg § 194 Ziff. IV; Oertmann a. a. O. Laxer, aber kaum zutreffend, RG. Bd. 11 S. 36.

14) Ebenso die herrschende Ansicht, Dernburg a. a. O. Ziff. III, Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 339, Bd. 12 S. 9. A. M. Oertmann a. a. O.

15) Daher muß umgekehrt, wenn der Verkäufer die Probe vorzulegen hat, der Käufer die mangelnde Identität beweisen.

*) S. Fitting in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 2 n. 5, Bd. 5 n. 3; Unger eod. Bd. 3 n. 7. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 46 n. 11; Unger in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 n. 6; Fr. Leonhard eod. Bd. 39 n. 4.

1) Also kein bloßer Kaufantrag (auf letzteren ist § 496 BGB. nicht anwendbar, sondern §§ 145 ff. BGB.). Noch weniger liegt eine bloße Ansichtssendung, d. i. Aufforderung zu Anträgen des Käufers vor (hier sind beide Parteien ungebunden). — Ueber andere Konstruktionen s. Leonhard S. 181 ff. u. Cit.

2) Es entscheidet das subjektive Ermessen des Käufers. Diese Klausel hat Bedenken, ist aber seit Alters her immer zugelassen worden. S. o. Bd. I § 97 bei und in Note 10. — § 496 BGB. setzt der Willkür Schranken. Weitere können (müssen aber nicht) durch die Parteivereinbarung gesetzt sein. S. u.

3) Z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313 BGB.

1. Da die Bedingung in das Belieben des Käufers gestellt ist, ist letzterer bis zu seiner Erklärung noch nicht an das Geschäft gebunden, wohl aber der Verkäufer. Letzterer muß jedenfalls liefern, wenn es der Käufer durch Erklärung der Billigung verlangt. Schon inzwischen ist Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten[4]). § 495 Abs. 2.

Die Untersuchung setzt nicht unbedingt voraus, daß der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben wurde. Alles hängt von den Umständen resp. der Vereinbarung der Parteien ab. Es gibt also einen Kauf auf Probe mit oder ohne Uebergabe der Sache. Aus der Uebergabe allein folgt auch nichts für die Art der Bedingung. Letztere kann nach allgemeinen Grundsätzen eine aufschiebende oder eine auflösende[5]) sein. Im Zweifel ist sie eine aufschiebende Bedingung. § 495 Abs. 1.

2. Schon vor der Billigung ist ein Kaufgeschäft vorhanden, aber eben nur ein bedingtes. Daher steht auch bei aufschiebender Bedingung der Käufer keineswegs so da, als ob gar kein Geschäft geschlossen worden wäre. Zwar trägt er bis zur Billigung noch keine Gefahr[6]); aber er muß den ihm zur Untersuchung übergebenen Gegenstand ordnungsmäßig erhalten und aufbewahren, die Untersuchung mit gehöriger Schonung vornehmen, und darf die Sache, abgesehen von Probezwecken[7]), keineswegs in eigenen Nutzen und Gebrauch nehmen[8]). Schließlich hat er im Falle der Nichtbilligung die übergebene Sache auf seine Kosten dem Verkäufer zurückzustellen[9]). Ist dies nicht oder nicht mehr in unversehrtem Zustand möglich, so haftet Käufer auf Schadensersatz, sofern er nicht darthun

---

4) Daraus folgt aber nicht, daß die Billigung vom Ausfall der Untersuchung abhinge. Regelmäßig darf der Käufer die Billigung auch dann verweigern, wenn an dem Kaufgegenstande objektiv nichts auszusetzen ist. Das Gegentheil kann aber bedungen sein.

5) Bedingung der Displicenz. Hier ist das Kaufgeschäft zunächst vollwirksam, fällt aber durch Erklärung der Nichtbilligung des Käufers zusammen. Dies ist von einem bedungenen Rücktrittsrecht (s. o. §§ 174 ff.) zu unterscheiden und im Leben keineswegs gewöhnlich.

6) S. o. § 213 Ziff. 3a. Anders bei auflösender Bedingung. Aber in beiden Fällen kann er die Billigung des Kaufs, da er sie frei verweigern darf, auch deshalb verweigern, weil der Kaufgegenstand inzwischen untergegangen oder verschlechtert ist! Dies wird von Dernburg § 193 Note 6 nicht berücksichtigt.

7) Wie weit diese gehen, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung.

8) Er haftet mindestens auf Erstattung der dadurch erzielten Bereicherung. S. im Uebrigen noch oben § 144. Vortheile, die der Probegebrauch mit sich brachte, braucht Käufer dagegen nicht zu erstatten.

9) Dernburg § 193 Ziff. VIII.

kann, daß die Unmöglichkeit auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht[10]).

Auch in Ansehung der Billigung sind dem Käufer gewisse Schranken gesetzt:

a) Er muß sich innerhalb bestimmter Frist darüber erklären. Die Frist kann im Vertrage festgesetzt sein; in Ermangelung dessen darf der Verkäufer eine angemessene Frist für die Besichtigung und Erklärung bestimmen[11]). Erklärt sich der Käufer innerhalb der Frist nicht, so gilt dies, wenn ihm die Sache zum Zwecke der Besichtigung übergeben war, als Billigung, andernfalls als Mißbilligung. § 496 BGB.

Hieraus ergibt sich, daß die Erklärung der Billigung oder Mißbilligung auch indirekt geschehen kann[12]), also nicht nothwendig vom Verkäufer empfangen werden muß[13]).

b) Der Käufer hat regelmäßig volle Entschlußfreiheit, die Billigung zu ertheilen oder zu versagen. Er kann sie also auch deshalb versagen, weil er der Sache persönlich nicht mehr bedarf, oder weil sie verschlechtert ist[14]). Es ist aber auch möglich, daß die Entscheidung des Käufers nach billigem Ermessen erfolgen soll[15]), in welchem Fall der Käufer die erklärte Mißbilligung sachlich rechtfertigen muß, und die Entscheidung der eventuellen gerichtlichen Korrektur unterliegt[16]).

3. Ob Kauf auf Probe vorliegt oder ein unbedingter Kauf geschlossen ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein. Es entscheidet nicht lediglich die Ausdrucksweise, sondern der Gesammtinhalt des Geschäfts[17]).

---

10) Nach allgemeinen Grundsätzen. S. o. §§ 157, 158 ff. Z. B. bei Verschlechterung, die durch den Probegebrauch unvermeidlich war. — Der Käufer kann sich durch eventuelle Billigung und Behalten der Sache von der Ersatzpflicht befreien.

11) Es gelten entsprechend die obigen Ausführungen § 151 Note 8 ff.

12) Z. B. auch durch Verbrauchen der Waare, Zahlung des Preises 2c.

13) Gemäß Bd. I §§ 86, 88. — Folglich trägt Verkäufer auch die Gefahr, wenn die Erklärung nur richtig (innerhalb der Frist) abgesendet worden ist. Letzteres muß aber der Käufer beweisen. Es entspricht nicht der Auffassung des Lebens, nachdem der Verkäufer den Vertrag und die Fristsetzung bewiesen hat, ihm auch noch den Beweis aufzuerlegen, daß Käufer innerhalb der Frist geschwiegen habe! Käufer hat sich nach Verkehrsregeln den Beweis seiner Erklärung zu sichern (z. B. durch Postschein u. s. w.). So auch Dernburg § 193 Note 7.

14) S. schon Note 6.

15) Nach Art des § 315 BGB. Also z. B. je nach der Brauchbarkeit der Waare für irgend einen im Vertrag bezeichneten Zweck.

16) Entsprechend dem oben § 146 gegen Ende Gesagten.

17) § 133 BGB. Z. B. „Nichtkonvenirendes soll zurückgeschickt oder umgetauscht werden dürfen“.

Besonders wichtig ist daher für Zweifelsfälle die Frage der Beweislast. Diese richtet sich nach den allgemeinen Regeln über bedingte Geschäfte[18]) und, falls die Bedingung feststeht, nach der Vermuthung für aufschiebende Bedingung (§ 495). Folglich hat der Verkäufer, wenn er den Preis fordert, die Unbedingtheit des Geschäftes zu beweisen.

4. Da unser Geschäft von einer Billigung der Waare seitens des Käufers abhängt, so folgt schließlich, daß Mängel der Sache von ihm nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn sie im Augenblick der Billigung erkennbar waren[19]).

§ 227.

3. Wiederkauf.

Verpflichtet sich der Käufer eines Gegenstandes im Kaufvertrage zur dereinstigen Rückveräußerung des Gegenstands an den Verkäufer[1]), so entsteht aus der Klausel des Hauptgeschäfts ein Recht des Verkäufers auf Rückgewähr des Gegenstandes wider den Käufer (Wiederkaufsrecht). Das Recht geht nicht — gleich dem aus einem Vorvertrage[2]) — dahin, den Gegner zum Abschluß eines Rückkaufes zu nöthigen, sondern es ist ein vom Verkäufer einseitig geltend zu machendes Recht[3]): eine Befugniß zum Rückerwerb des unter Vorbehalt verkauften Gegenstandes. Der Wiederkauf kommt hiernach mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer[4]) zu Stande, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe[5]). Diese Erklärung ist nicht als Annahme eines im ursprünglichen Kaufgeschäft enthaltenen Verkaufsangebotes zu denken[6]), sondern lediglich als Be-

---

18) S. o. Bd. I § 127, besonders zu Note 13—14.

19) Dies geht über §§ 460, 464 BGB. hinaus, folgt aber aus der besonderen Natur des Geschäfts resp. dem Charakter der Billigung. Von erkennbaren Mängeln wird der Käufer, nachdem er die Sache untersucht, nicht sagen können, daß sie ihm unbekannt geblieben seien. Wäre es dennoch der Fall, so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben. Zustimmend im Resultat Dernburg § 193 Ziff. IX.

1) Pactum de retrovendendo. Vgl. bereits römisch l. 12 Dig. de praescr. verb. 19, 5; l. 2, 7 Cod. de pact. int. emt. et vend. 4, 54. Aehnlich Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 296, 311; Code Nap. Art. 1659 ff.; Sächs. GB. §§ 1131, 1134.

2) S. o. § 167 Ziff. III. Dies war die gemeinrechtlich vorherrschende Ansicht.

3) Dies sagt § 497 Abs. 1 BGB. ausdrücklich. Dadurch hat die Lehre einen großen Schritt vorwärts gemacht. Trotzdem ist die Konstruktion des Wiederkaufsrechtes zur Zeit noch keineswegs unbestritten (s. u.).

4) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Die Erklärung ist, wenn sie empfangen wurde, nach allgemeinen Grundsätzen unwiderruflich.

5) Man nennt den Rückerwerber auch Wiederkäufer.

6) So Planck zu § 497. S. daselbst Note 3 Abs. 2 gegen die Ansicht von Schollmeyer S. 23, daß der Wiederkäufer ein Recht auf Einlösung

dingung des Rückerwerbs des Käufers [7]). Die Erklärung bedarf daher nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form [8]). § 497 Abs. 1 BGB [9]).

1. Da die Abgabe der Wiederkaufserklärung in das Belieben des Wiederkäufers gestellt ist, ist dieser nicht, wohl aber sein Gegner inzwischen an den Wiederkauf gebunden. Er muß dem Wiederkäufer den Gegenstand zurückliefern, wenn letzterer es mittelst der Wiederkaufserklärung verlangt. Diese Gebundenheit des Wiederverkäufers dauert bis zum Ablauf der zur Ausübung des Wiederkaufsrechts bestimmten Frist; in Ermangelung einer besonderen Bestimmung [10]) bis zu 3 Jahren, bei Grundstücken bis zu 30 Jahren. § 503 BGB.

2. Das Wiederkaufsrecht ist hiernach ein äußerst weitgehendes Recht [11]). Auch in wirthschaftlicher Beziehung ist es nicht unbedenklich. Verkäufe mit Wiederkaufsvorbehalt (Rückkaufsgeschäfte) werden meist geschlossen in Fällen dringender Noth [12]), während der Käufer lediglich Darlehnszwecke verfolgt und in dem Kaufobjekt eigentlich nur ein Pfand [13]) für den gewährten Kredit erblickt. Derartige Zwecke treten besonders in der ungleichen Festsetzung des Kauf- und Wiederkaufspreises zu Tage. Letzterer ist solchenfalls höher, weil er Zwischenzinsen und Entgelt für das vom Kreditgeber gelaufene Risiko 2c. umfaßt. Nur im Zweifel soll nach § 497 Abs. 2 BGB. der ursprüngliche Kaufpreis und der Wiederverkaufspreis gleich sein [14]).

3. Mißbräuchen in der angedeuteten Richtung begegnen einestheils

---

des Kaufgegenstandes gegen Erstattung des Kaufpreises habe. — Ebensowenig liegt ein bedungenes Rücktrittsrecht (s. o. §§ 174 ff.) vor. Denn der Rückkaufspreis kann vom ursprünglichen Preise abweichen. S. noch unten Ziff. 5a.

7) Wie beim Kauf auf Probe (oben § 226) ruhen die Keime des Erwerbsrechts des Wiederkäufers in dem ursprünglichen Kaufgeschäft. Dieses enthält hier den Wiederverkauf, dessen Vollendung von der in das freie Belieben des Wiederkäufers gestellten Abgabe der Wiederkaufserklärung (wie dort der Billigungserklärung) abhängt. Vgl. Oertmann vor § 497; Enneccerus § 252 I; Mathiaß § 110 Ziff. VI A.

8) Z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313 BGB. — Wohl aber bedarf dieser Form die ursprüngliche Wiederkaufsklausel, z. B. wenn sie nicht schon im eigentlichen Kaufgeschäft enthalten ist.

9) Ebensowenig ist mit der Erklärung bereits die Zahlung des Wiederkaufspreises zu verbinden. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 281.

10) Im ursprünglichen oder in einem späteren Vertrage der Parteien.

11) Dasselbe ist nach den allgemeinen Vorschriften auch vererblich und veräußerlich. S. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 218.

12) Man hofft, den verkauften Gegenstand demnächst wieder „einlösen" zu können.

13) Ein Eigenthumspfand (fiducia). S. schon oben Bd. I § 76 zu Note 3.

14) Anderseits kann der Wiederkaufspreis z. B. auch im derzeitigen Schätzungswerth bestehen. Vgl. § 501 BGB.

die allgemeinen Wuchervorschriften[15]), anderseits Schutzvorschriften gegenüber dem gewerbsmäßigen Abschluß derartiger Geschäfte. Die betreffenden Geldgeber (Rückkaufshändler) werden den gewerblichen Pfandleihern gleichgestellt. § 34 Abs. 2 GewO. Als solche unterfallen sie den in Art. 94 EG.BGB. vorbehaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb derartiger Pfandleiher[16]).

Andere Schutzvorschriften liegen in der näheren Ausgestaltung des Wiederkaufsrechtes selbst. Das Gesetz hält die Rechte des Wiederkäufers in möglichst engen Grenzen.

4. Hierhin gehört vor Allem, daß das Wiederkaufsrecht nur als ein rein obligatorisches Recht anerkannt ist[17]). Es wirkt grundsätzlich nur unter den Parteien, nicht gegen Dritte, daher auch nicht gegen die Gläubiger des Wiederverkäufers[18]). Nur der ursprüngliche Käufer ist verpflichtet, das Kaufobjekt dem Berechtigten herauszugeben (§ 498 Abs. 1), nicht ein Dritter, an den der Gegenstand inzwischen durch eine kontraktwidrige Verfügung gekommen ist[19]). Immerhin haftet der Dritte in Kollusionsfällen als Mitwisser resp. Mitthäter nach § 826 BGB. auf Schadensersatz[20]). Auch kann nach allgemeinen Grundsätzen[21]) das Wiederkaufsrecht, insofern es einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigenthums 2c. an einem Grundstücke enthält[22]), nach § 883 BGB. im Grundbuch vorgemerkt und dadurch dinglich gesichert werden[23]). Beim Verkauf beweglicher Sachen hilft unter Umständen die Knüpfung der Uebergabe an eine Bedingung[24]).

---

15) S. o. Bd. I § 85 zu Note 12 ff. Z. B. bei auffälligem Mißverhältniß von Kaufs- und Wiederkaufspreis 2c.

16) Davon wird im Sachenrechte die Rede sein.

17) Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht. S. §§ 504 ff., 1094 ff. BGB und unten diese Lehre.

18) Diese brauchen die Ansprüche des Wiederkäufers auf den Gegenstand nicht anzuerkennen. Der Wiederkäufer hat im Konkurs des Wiederverkäufers kein Aussonderungsrecht, sondern nur einen Schadensersatzanspruch (s. folgende Note) als Konkursforderung.

19) So besonders energisch die Motive Bd. 2 S. 339. In praxi verhält sich die Sache keineswegs so schroff. S. gleich unten. — Selbstverständlich haftet der Wiederverkäufer, der durch anderweitige Veräußerung des Objekts die Rückgabe unmöglich machte, nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz. (Der eigenen Verfügung des Wiederverkäufers steht auch hier diejenige gleich, die wider ihn im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder des Konkurses erfolgt. S. auch § 499 S. 2 BGB.)

20) Im Verein mit dem Wiederverkäufer als Gesammtschuldner. S. auch Dernburg § 198 Ziff. II.

21) S. o. Bd. I § 132 Ziff. II.

22) Das Grundstück selbst oder ein (veräußerliches) Recht am Grundstücke kann unter dem Vorbehalte verkauft und übertragen sein; ebenso eine servitus constituenda.

23) Dinglich gesichert ist dadurch der Anspruch des Wiederkaufs-

Anderseits involvirt die persönliche Verpflichtung des Wiederverkäufers nach allgemeinen Grundsätzen eine Restitutionspflicht. Der Wiederverkäufer darf also den Wiederkäufer nicht schlechthin mit Geldersatz abspeisen[25]), sondern hat zunächst die Ablösung der von ihm begründeten kollidirenden Rechte zu versuchen. § 499 BGB[26]).

5. Im Uebrigen entsteht aus der Wiederkaufserklärung ein gegenseitiges Rechtsverhältniß der Parteien wie aus einem abgeschlossenen Kaufe: also Verpflichtungen des Wiederverkäufers auf Herausgabe[27]) des Kaufgegenstands mit Zubehör, soweit solches zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs vorhanden ist (§ 498 Abs. 1), — des Wiederkäufers auf Zahlung des Wiederkaufspreises 2c.[28]).

a) Der Wiederkauf bezweckt nicht, die Wirkungen des ursprünglichen Kaufgeschäfts auch für die Vergangenheit zu beseitigen[29]). Arg. § 498 i. f. Nur das folgt aus der Klausel, daß der Wiederverkäufer vom Augenblick des Vorbehalts an das Kaufobjekt als ein eventuell zurückzugebendes zu hüten und zu erhalten hat. Demgemäß haftet er für jede verschuldete Verschlechterung, Vernichtung oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe[30]), ebenso für eine von ihm bewirkte[31]) wesentliche Veränderung des Objekts auf Schadensersatz. Nicht aber für sonstige Umstände, welche die Rückgabe beein-

---

berechtigten gegen der Eintragung nachfolgende kollidirende Verfügungen, Veräußerungen und Belastungen, soweit sie seine Rechte beinträchtigen. Zwischen anderen Personen wird ein Wiederkaufsanspruch durch die Vormerkung nicht geschaffen. S. § 1094 Abs. 1 BGB. Das Grundstück als solches ist nicht mit dem Wiederkaufsrecht belastet. (Eine partikulare Ausnahme bei den preuß. Rentengütern. Art. 29 Preuß. A.G. Dernburg § 198 Ziff. VIII.)

24) S. hierzu jedoch oben Bd. I § 85 i. f. bes. Note 35.

25) S. o. Note 19.

26) Ebenso wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder im Konkursverfahren gegen den Wiederverkäufer durch den Konkursverwalter erfolgte. § 499 i. f.

27) Resp. Uebereignung. Arg. § 433 BGB. — Die Gefahrtragung beim Wiederkauf beurtheilt sich nach §§ 446 ff. BGB. u. s. w.

28) Und zwar selbstverständlich Zug um Zug nach Maßgabe der Ausführungen oben §§ 168 ff., 215 ff.

29) Auch darin unterscheidet er sich vom vorbehaltenen Rücktrittsrecht von einem Vertrage. S. o. § 174. Z. B. die Nutzungen des Kaufobjekts aus der Zwischenzeit verbleiben dem Wiederverkäufer. Der Wiederkäufer hat den Kaufpreis für die Zeit vor Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht zu verzinsen. Das Zubehör der Kaufsache ist auch dann herauszugeben, wenn es inzwischen vermehrt und verbessert wurde. S. jedoch unten.

30) S. dazu oben § 175 bei Note 4.

31) In dieser Hinsicht ist er für seine eigenen Handlungen schlechthin verantwortlich. — Selbstverständlich haftet er auch nach allgemeinen Grundsätzen (§ 278 BGB.) für seine gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen.

trächtigen. Wegen dieser steht dem Berechtigten nur die freie Wahl zu, von seinem Recht Gebrauch zu machen oder nicht[32]). § 498 Abs. 2[33]).

Anderseits kann der Wiederverkäufer wegen Verwendungen, die er vor Ausübung des Wiederkaufsrechts[34]) auf den Kaufgegenstand oder dessen Zubehör gemacht hatte, Ersatz verlangen, soweit der Werth des Gegenstandes sich dadurch zu Zeit erhöht findet. Andere Verwendungen können nur nach allgemeinen Grundsätzen[35]) wieder hinweggenommen werden[36]). § 500.

b) Eine Abweichung erleiden diese Grundsätze, wenn als Wiederkaufspreis der gegenwärtige Schätzungswerth des Gegenstands (zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes) bestimmt ist. In diesem Falle finden die zwischenzeitlichen Verbesserungen und Verschlechterungen schon in der Bemessung des Wiederkaufspreises Berücksichtigung. § 501. Es haftet daher der Wiederverkäufer nur für besondere Schäden, die er dem Wiederkäufer, z. B. durch eine wesentliche Veränderung des Gegenstands, zugefügt hat[37]).

c) Endlich können die Haftung des Wiederverkäufers und die Ersatzpflicht des Berechtigten überhaupt anders geregelt sein. Die gesetzlichen Vorschriften darüber sind nicht zwingend[38]).

6. Mehrere Wiederkaufsberechtigte können das Recht nur im Ganzen ausüben[39]). Doch dürfen diejenigen, welche sich für die Ausübung entschließen, das Recht der übrigen an sich ziehen und mit ausüben. Ebenso fällt das bei Einem erlöschende Recht den Anderen zu[40]). § 502.

7. Etwas anderes als das hier besprochene Wiederkaufsrecht ist

---

32) Macht er davon Gebrauch, so kann er nicht einmal wegen der Mängel Minderung des Wiederkaufspreises verlangen (§ 498 i. f.). Er muß das Kaufobjekt nehmen wie es liegt.

33) Dagegen steht der Fall, da nach Ausübung des Wiederkaufrechts eine Unmöglichkeit der Rückleistung des Gegenstandes eintritt, schlechthin unter den allgemeinen Regeln (s. o. § 170 2c.).

34) Wegen nachher gemachter Verwendungen entscheidet der allgemeine Grundsatz des § 450 BGB.

35) D. h. soweit dies überhaupt statthaft und ausführbar ist.

36) Näheres darüber oben § 151 Ziff. III. — Wegen der ersatzfähigen Verwendungen kann die Kaufsache bis zur Zahlung derselben einbehalten werden, da Zug um Zug zu leisten ist.

37) Ebenso nach allgemeinen Grundsätzen (s. o. Note 18 ff.) durch Veräußerung oder Belastung des Kaufgegenstandes.

38) Z. B. kann das Wiederkaufsrecht in concreto mehr nach den Regeln eines bedungenen Rücktrittsrechts hin entwickelt sein, durch Rückgängigmachung der Zwischenvortheile u. s. w.

39) Die Untheilbarkeit folgt aus der Natur der Sache.

40) Anders beim bedungenen Rücktrittsrecht nach § 356 BGB.

das Wiederverkaufsrecht[41]), zufolge dessen sich der Käufer vorbehält, den Kaufgegenstand unter gewissen Umständen an den Verkäufer zurückzugeben. Dieses Recht ist nicht, wie vielfach angenommen[42]), nach Analogie des Wiederkaufsrechts zu behandeln. Die Interessen der Parteien sind ganz umgekehrte; demgemäß greifen z. B. die oben erwähnten sozialen Bedenken nicht Platz. Von einer entsprechenden Anwendung der §§ 498 Abs. 2 bis 501 BGB. kann keine Rede sein: der Käufer, welcher nicht zurückgeben kann, wird einfach sein Recht nicht ausüben können. Das Wiederverkaufsrecht ist nach Art eines bedungenen Rücktrittsrechts vom Vertrage[43]), jedoch ohne Rückwirkungen zu behandeln.

§ 228.

4. Vorkauf.*

Höheren wirthschaftlichen Interessen dient das Vorkaufsrecht. Der Vorkaufsberechtigte braucht den Gegenstand, auf welchen sich sein Recht bezieht, niemals besessen zu haben. Anderseits hat er keinen Anspruch zur beliebigen Geltendmachung auf das Kaufobjekt, sondern ein Erwerbsrecht desselben nur im Falle daß der Verpflichtete darüber mit Dritten einen Kauf abschließt. In diesem Falle geht das Recht des Vorkäufers dahin, durch seinen Willensentschluß den Vorkauf zu Stande zu bringen: nämlich den Gegenstand unter denselben Bestimmungen zu übernehmen, welche der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hatte. §§ 504, 505 BGB.

Das Vorkaufsrecht ist von unserer Gesetzgebung als obligatorisches und dingliches Recht anerkannt[1]). S. §§ 504 ff., 1094 ff. BGB. Beide sind grundverschieden[2]), wenn auch die Bestimmungen über das persönliche Verhältniß der Parteien auf beide gleichmäßig angewendet werden. § 1098. Das dingliche Vorkaufsrecht ist seinem Wesen nach eine Grundstücksbelastung: gerichtet auf Aneignung des Grundstücks durch den Vorkäufer als Näherberechtigten[3]). Beim

---

41) Pactum de retroemendo. Vgl. Motive Bd. 2 S. 342.

42) Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 327 ff., Sächs. GB. § 1136. Oertmann vor § 497 Note 4.

43) S. o. §§ 174 ff.

*) S. E. Jäger, Das Vorkaufsrecht (1893) und zum Theil auch Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 279.

1) Im Gegensatz zum Wiederkaufsrecht. S. o. § 227 Ziff. 4.

2) S. auch Immerwahr a. a. O. S. 282 ff.; Dernburg, Pand. II § 95 Note 15; Windscheid-Kipp desgl. II § 388 Ziff. 2.

3) Also nicht auf Leistungen des Verpflichteten aus seinem Vermögen,

obligatorischen Vorkaufsrecht ist davon nichts zu spüren[4]): es ist nichts als eine besondere Abart des Kaufs. Unser Gesetz hat daher Recht gethan, beide Institute scharf zu scheiden[5]), und auch wir handeln im Folgenden nur von dem obligatorischen Vorkaufsrecht[6]). Es bezieht sich auf Gegenstände aller Art.

1. Unser Gesetz spricht nicht davon, auf welche Art das Vorkaufsrecht entsteht[7]). An sich können daher alle Entstehungsgründe von Rechten in Betracht kommen: thatsächlich bleibt für obligatorische Vorkaufsrechte nur die rechtsgeschäftliche Begründung übrig[8]). Die vertragliche Begründung braucht keineswegs in einem Kaufgeschäfte zu geschehen[9]), sondern es genügt jede Art von Vereinbarung[10]). Diese hat nicht den Charakter eines Vorvertrags[11]), ebensowenig eines Vertragsantrags[12]). Sondern in der Vereinbarung des Vorkaufsrechts liegt ein bedingter Verkauf des Gegenstandes an den Vorkaufsberechtigten: abhängig

a) einmal davon, daß dieser Gegenstand an einen Dritten verkauft wird (woraus sich dann die näheren Bestimmungen des Vorkaufs[13]) ergeben);

---

sondern auf Verfolgung der Sache. Gleichgültig, in wessen Hände das Grundstück auch übergeht. Das Recht ruht wesentlich auf den germanischen Näherrechten.

4) Seine Quelle ist das röm. bezw. das gemeine Recht: das sog. pactum protimiseos. Vgl. l. 75 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 21 § 5 Dig. de A. E. V. 19, 1 etc.

5) Konform dem ehemaligen gemeinen Recht und Sächs. GB. §§ 1118, 1124; während im preuß. Recht der Unterschied dadurch verwischt wurde, daß der Besteller des Vorkaufsrechts zur Bewilligung einer Eintragung desselben im Grundbuch verpflichtet wurde. Letzteres wäre allerdings heutzutage nach § 883 BGB. auch möglich; aber es wird nicht mehr stattfinden, da die Eintragung nach §§ 1094 ff. (vgl. § 1098 Abs. 2) dem Berechtigten größere Vortheile gewährt. Der Unterschied ist der in § 227 Note 23 hervorgehobene.

6) Wegen des dinglichen, s. u. im Sachenrecht (die sog. dinglichen Substanzrechte).

7) § 504 BGB. läßt diese Frage offen. Hauptgrund ist, weil die Bestimmungen für die im vorbehaltenen Landesrecht vorkommenden Vorkaufsrechte der verschiedensten Art nutzbar gemacht werden sollten.

8) Gesetzliche Vorkaufsrechte kennt das Bürgerliche Gesetzbuch, außer demjenigen der Miterben nach §§ 2034 ff., überhaupt nicht, und letzteres hat eigenartige dingliche Wirkungen. S. auch Immerwahr S. 289. Darüber im Erbrechte. Andere gesetzliche Vorkaufsrechte mit dinglicher Wirkung sind im Sachenrecht zu erwähnen.

9) Wie die Begründung des Wiederkaufsrechts. S. o. § 227.

10) Eine selbständige, aber auch eine solche im Anschluß an einen anderen Vertrag, z. B. eine Schenkung, eine Miethe oder eine Pacht.

11) Sowenig wie die Begründung des Wiederkaufsrechts. S. o. § 227 zu Note 2. A. M. Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 1 S. 273; Dernburg § 196 Ziff. I, V. Der Vorvertrag erklärt nicht, daß der Vorkauf durch einseitige formlose Erklärung des Vorkäufers zu Stande gebracht werden kann (§ 505 Abs. 1 BGB.).

12) So Planck vor § 504 Note 4.

b) sodann von der nunmehr nach freier Entschließung abzugebenden Erklärung des Vorkaufsberechtigten, daß er sein Recht ausübe[14]). Die Erklärung bedarf daher nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form[15]). § 505 Abs. 1 BGB. —

Nicht anders ist es, wenn das Vorkaufsrecht auf einem Vermächtnisse beruht. Denn dadurch wird dem Beschwerten auferlegt, sich unter den oben a und b erwähnten Bedingungen wie ein Verkäufer behandeln zu lassen[16]).

2. Die Ausübung des Vorkaufsrechts hängt also auch für den Berechtigten von einer seiner Einwirkung entrückten Bedingung ab: der Verpflichtete muß das Objekt einem Dritten verkauft haben. Hiermit, sagt man, sei der Vorkaufsfall eingetreten. § 504.

a) Es muß ein wirkliches, vollwirksames Kaufgeschäft des Verpflichteten mit dem Dritten zu Stande gekommen sein. Es genügt nicht ein bloßer Kaufantrag des Dritten; noch weniger bloße Vorverhandlungen. Der Verkauf an den Dritten darf weder nichtig[17]), noch anfechtbar und angefochten sein[18]). Wohl aber genügt ein bedingter Kauf[19]); auch schadet es nicht, daß etwa der Dritte den Kauf wandelt oder daß (wegen Verzugs ꝛc.) nachträglich von dem Verkauf zurückgetreten wird[20]). — Schenkung, Tausch und andere entgeltliche Veräußerungsverträge in Ansehung des Gegenstandes[21]) genügen nicht; es sei denn, daß sie nur zur Verdeckung eines Kaufes vorgeschoben sind[22]).

---

13) Z. B. in Ansehung des Preises ꝛc. S. o. und § 505 Abs. 2 BGB.

14) Wie beim Wiederkauf. S. o. § 227 zu Note 7. Zustimmend Enneccerus § 253 Ziff. I; Oertmann vor § 504 Note 3. Ueber Doppelbedingungen s. schon oben Bd. I § 100 Note 2.

15) Z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313 BGB. — Wohl aber bedarf dieser Form die ursprüngliche Vereinbarung der Parteien über die Begründung des Vorkaufsrechts. So auch Dernburg § 196 I Ziff. 2.

16) Also auch hier kann die Ausübung des Vorkaufsrechts in gleicher Weise erfolgen. Es ist zu beachten, daß heutzutage alle Vermächtnisse nur obligatorisch wirken.

17) Auch nicht wegen Formfehlern z. B. als Grundstückskauf nach § 313 BGB. Doch genügt Konvalescenz nach dem Schlußsatz des Paragraphen.

18) War vor der Anfechtung das Vorkaufsrecht (nach Ziff. 4 unten) schon ausgeübt, so fallen die dadurch erlangten Rechte des Vorkäufers zusammen. Die Ausübung ist als ungeschehen anzusehen.

19) Es wird aber darauf ankommen, ob die Bedingungen von der Art sind, daß der Vorkäufer sie nach § 505 Abs. 2 ꝛc. BGB. übernehmen kann.

20) Der Kauf war hier immerhin wirksam zustande gekommen und hat die Rechte des Vorkäufers zur Reife gebracht. Oertmann § 504 Note 5. S. auch § 506 BGB. u. unten lit. b.

21) Z. B. auch Hingabe desselben an Zahlungsstatt u. dgl.

22) Nach den Regeln Bd. I § 93 Ziff. 2. — Andernfalls geht das Vorkaufsrecht ohne Entschädigung des Berechtigten verloren, da es gegen den dritten Erwerber nicht ausgeübt werden kann.

b) Da der Verkäufer kontraktmäßig nicht dem Käufer sondern bei Ausübung des Vorkaufsrechts dem Vorkäufer leisten will, so wird er, um sich zu decken, seinen Käufer regelmäßig vom Bestehen des Vorkaufsrechtes benachrichtigen und seine Haftung für Nichtlieferung aus diesem Grunde ausschließen müssen[23]). Eine Vereinbarung, wonach der mit dem Dritten abgeschlossene Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abhängig gemacht, oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung jenes Rechts der Rücktritt vom Kaufe vorbehalten wird, ist nur unter den Parteien wirksam. Die Rechte des Vorkäufers berührt er nicht[24]). § 506.

c) Nicht als Vorkaufsfall wird angesehen im Zweifel ein Verkauf, der an einen gesetzlichen Erben des Verkäufers mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht[25]) erfolgt (sog. Kindskauf). § 511 BGB.[26]). Positiv ausgeschlossen ist das Vorkaufsrecht gegenüber Verkäufen im Wege der Zwangsvollstreckung und durch den Konkursverwalter[27]). § 512. Ueber einen ferneren Fall des Ausschlusses s. u. Ziff. 5b.

d) Wird nur ein Theil des dem Vorkauf unterliegenden Gegenstandes verkauft, so kann das Vorkaufsrecht in Ansehung dieses (und nicht weiter) ausgeübt werden[28]). Wird der Gegenstand mit anderen zusammen zu einem Gesammtpreise verkauft (Mengekauf), so kann der Vorkaufsberechtigte den Gegenstand seines Rechts gegen einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises einziehen[29]). Thut er dies,

---

23) Ueber praktische Schwierigkeiten des Vertragsschlusses in Ansehung eines dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes s. Immerwahr S. 317 ff.

24) Auch nicht solange er sie noch nicht ausgeübt hat. Die Kontrahenten können dem Dritten seine durch Eintritt des Vorkaufsfalls entstandenen Rechte nicht willkürlich wieder nehmen. (Aeltere Rechte waren vielfach laxer.)

25) Ist an den gesetzlichen Erben verkauft, so wird die mangelnde Bezugnahme auf das gesetzliche Erbrecht vom Interessenten zu beweisen sein.

26) Derartige Verkäufe (an Verwandte und Ehegatten) gelten in dieser Hinsicht viel mehr als antizipirte Regelung der Erbfolge, denn als Verkauf. Der betreffende Käufer darf nicht schon auf sein Erbrecht zur Zeit des Kaufes verzichtet haben (wohl aber darf er beim Verkauf verzichten).

27) Auch wenn freihändig verkauft wird. Die in Rede stehenden Prozeduren sollen im allgemeinen Kreditinteresse nicht durch das Vorkaufsrecht behindert werden. Der Berechtigte kann vom Konkursverwalter kaufen oder in der Versteigerung überbieten!

28) Z. B. wenn eine Parzelle des ganzen Grundstücks verkauft wird. S. auch Motive Bd. 2 S. 346. Der Verkauf einzelner Nutzungsrechte des Grundstücks ist aber kein solcher Theilverkauf, sondern Verkauf eines anderen Gegenstandes.

29) Der entsprechende Theil (x) ist ähnlich wie im Falle der Wandelung solcher Verkäufe bei Mangelhaftigkeit einzelner Sachen zu berechnen. S. o. § 222 zu Note 95. Es kommt nicht auf den absoluten Werth des dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes (w) an, sondern auf das Verhältniß dieses Werthes

so kann aber der Vorkaufsverpflichtete die Erstreckung des Vorkaufs auf diejenigen Sachen verlangen, die davon nicht ohne Nachtheil für ihn getrennt werden können[30]). § 508. Der Berechtigte, welcher in Kenntniß des Gesammtverkaufs[31]) sich für die Ausübung des Vorkaufsrechtes entschieden hatte, kann auf Grund dieses Verlangens nicht mehr vom Vorkaufe abgehen[32]).

3. Ist der Vorkaufsfall eingetreten, so folgt aus der Gebundenheit des Vorkaufsverpflichteten[33])

a) eine Verpflichtung zur Mittheilung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages[34]) an den Vorkaufsberechtigten[35]). § 510 Abs. 1. Die Mittheilung muß unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern[36]) nach Abschluß jenes Vertrages geschehen. Die Mittheilung des Verpflichteten wird übrigens durch eine entsprechende Anzeige des Dritten ersetzt. Ein Unterbleiben der Mittheilung macht den Vorkaufsverpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig[37]).

b) Die Gebundenheit des Verpflichteten ist auch hier an eine gewisse Zeitfrist geknüpft. Ist nicht das ganze Vorkaufsrecht zeitlich beschränkt[38]), so ist es jedenfalls die Ausübung nach Eintritt des Vorkaufsfalles und Empfang der bezüglichen Mittheilung durch den Berechtigten. § 510 Abs. 2. Die Frist für diese Ausübung

---

zum Gesammtwerth aller verkauften Sachen (gw). In demselben Verhältniß ist der Gesammtpreis (gp) herabzusetzen. So ergibt sich: $gp : x = gw : w$. D. i. $x = \frac{gp \times w}{gw}$. Z. B. der absolute Werth der dem Vorkaufsrecht unterworfenen Sache ist 600 Mark, der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen 2400 Mark, während sie für 2000 Mark verkauft sind. Dann ist $x = \frac{2000 \times 600}{2400} = \frac{12000}{24} = 500$ M.

30) Es genügt, wenn er den Nachweis erbringt, daß er durch die Trennung Nachtheil erleiden würde. — Das Recht kann im Wege der Klage und als Einwand gegen den Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Lieferung geltend gemacht werden.

31) Andernfalls könnte er seine Erklärung anfechten. Immerwahr S. 315. Im Uebrigen s. Planck zu § 508.

32) Die Behandlung des Mengekaufs war im bisherigen Recht sehr streitig. S. Jäger S. 67 ff.

33) S. entsprechend oben § 227 Ziff. 1.

34) Einschließlich seines Inhalts.

35) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 zu Note 5 und § 88. — Nur der Inhalt, nicht der Wortlaut des Vertrages braucht mitgetheilt zu werden (also auch in Abkürzung).

36) § 121 BGB.

37) Wobei jedoch § 254 BGB. zu berücksichtigen ist. Hat also z. B. der Vorkaufsberechtigte in anderer Weise von dem Verkauf erfahren, so hätte er sich auch ohne Mittheilung danach einrichten können. Hat er dies nicht gethan, so hat er sich den betreffenden Schaden selbst zuzuschreiben.

38) Andernfalls erlischt es durch den Tod des Berechtigten § 514 BGB. Von einer Verjährung des Rechts kann keine Rede sein, da es kein Anspruch ist.

ist ganz kurz. Denn die Verkaufsparteien müssen baldigst Gewißheit haben, ob ihr Handel vom Vorkäufer durchkreuzt wird. War für die Ausübung des Vorkaufsrechts keine besondere Frist bestimmt, so ist sie bei Grundstücken bis zum Ablauf von 2 Monaten, bei anderen Gegenständen bis zum Ablauf einer Woche nach Empfang der Mittheilung zulässig[39]).

4. Die Ausübung des Vorkaufsrechts auf dieser Grundlage ist in das freie Belieben des Vorkaufsberechtigten gestellt. Sie geschieht durch einseitige Erklärung desselben gegenüber dem Verpflichteten[40]). § 505 Abs. 1. Dazu ist zu bemerken

a) das Vorkaufsrecht ist ein höchstpersönliches Recht. Es soll den Interessen eines Einzelnen dienen, daher auch regelmäßig von seiner Person nicht ablösbar sein[41]). Es ist daher weder unter Lebenden übertragbar[42]) noch vererblich. § 514 BGB. Doch kann das Gegentheil ausgemacht sein. Ist das Vorkaufsrecht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es sogar im Zweifel vererblich[43]).

b) Für mehrere Berechtigte ist das Vorkaufsrecht ein untheilbares Recht[44]). Sie können es also nur im Ganzen ausüben. Doch dürfen diejenigen, welche sich für die Ausübung entschließen, das Recht der Anderen mitausüben. Ebenso fällt das bei Einem erlöschende Recht den Anderen zu. § 513.

5. Aus der Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht ein gegenseitiges Rechtsverhältniß des Vorkaufspflichtigen und des Berechtigten, wie aus einem abgeschlossenen Verkaufe[45]). Der nähere Inhalt dieser Verpflichtungen bestimmt sich nach dem Inhalt des zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abge-

---

39) Ueber die Fristberechnung s. §§ 187, 188 BGB. u. oben Bd. I S. 120. Die Frist knüpft sich an die (vom Vorkaufsverpflichteten oder Dritten ausgegangene, vom Berechtigten empfangene) Mittheilung an.

40) Empfangsbedürftige Willenserklärung (s. Bd. I § 88) und im Uebrigen formlos. Die Erklärung ist nach Empfang unwiderruflich.

41) Zwar war dies im gemeinen Recht bestritten (Jäger S. 107), aber im Preuß. A.LR. I Tit. 20 § 594 u. a. Rechten anerkannt. Unser Gesetz nimmt eine vermittelnde Stellung ein. — Die Gebundenheit des Vorkaufsverpflichteten ist vererblich.

42) Auch nicht beschränkt. Also z. B. nicht verpfändbar, auch von den Gläubigern des Berechtigten nicht pfändbar (§ 851 CPO.) 2c. Die Abtretung ist nichtig.

43) Selbstverständlich bezieht sich das Gesagte nur auf die Befugniß zur Ausübung. Das bereits ausgeübte Recht erzeugt Rechte und Pflichten, die beiderseits auf die Erben übergehen und nach allgemeinen Grundsätzen abtretbar sind.

44) Die Untheilbarkeit folgt aus der Natur der Sache, wie oben § 227 Note 39. Die Behandlung ist die gleiche wie beim Wiederkaufsrecht.

45) Vgl. o. § 227 Ziff. 5.

schlossenen Kaufgeschäfts. § 505 Abs. 2. Zu dem Dritten selbst tritt der Vorkäufer in keinerlei Rechtsbeziehung. Er kann ihm den Gegenstand des Vorkaufsrechts weder entreißen, wenn der Verpflichtete nicht ihm sondern dem Dritten liefert[46]), noch tritt er in das Geschäft des Verkäufers mit dem Dritten ein. Der Vorkauf hat den Charakter eines selbständigen Geschäfts[47]).

Demgemäß ist der Vorverkäufer verpflichtet, dem Vorkäufer den Gegenstand des Vorkaufs nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 320 ff., 433 ff. BGB.) bezw. nach Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages zu liefern resp. zu verschaffen, und zwar gegen Zahlung des Vorkaufspreises. Besonders zu bemerken ist:

a) War dem Dritten der Kaufpreis gestundet, so kann der Vorkäufer die Stundung nur soweit in Anspruch nehmen, als er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet[48]) oder der gestundete Kaufpreis auf das Grundstück hypothekarisch eingetragen ist[49]). § 509 BGB.

b) Hatte der Dritte im Kaufvertrage Nebenleistungen übernommen, die der Vorkäufer zu bewirken außer Stande ist[50]), so sind diese nach ihrem Werth zur Zeit der Erfüllung[51]) in Geld zu schätzen und in dieser Gestalt vom Vorkäufer abzutragen. Sind sie in Geld nicht schätzbar[52]), so kommt es darauf an, ob die Nebenleistung so wesentlich ist, daß ohne sie der Vertrag mit dem Dritten nicht abgeschlossen worden wäre[53]). Trifft dies zu, so ist die Ausübung des

---

46) Das hier besprochene Vorkaufsrecht (anders als das dingliche, s. o. zu Note 2ff.) erschöpft sich in der persönlichen Beziehung des Vorkaufsberechtigten zu dem Verpflichteten. Eine Ausnahme wäre denkbar bei Vormerkung des Rechts im Grundbuch nach § 883 BGB., doch wird sie neben dem dinglichen Vorkaufsrecht kaum vorkommen

47) S. o. Ziff. 1. Es liegen also zwei Verkäufe desselben Gegenstandes vor: einer an den Dritten und einer an den Vorkäufer. Beide Verkäufe haben keinen Vorrang vor einander. Entscheidend ist, wem der Verkäufer übereignet. Dem anderen Käufer kann er in Folge dessen nicht mehr liefern und wird ihm daher nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig (in Ansehung des Dritten vgl. dazu oben Ziff. 2 b).

48) Nach Maßgabe von Bd. I § 134.

49) Oder wird. — Einschließlich auch des Falles, daß in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld übernommen wird, für die eine Hypothek am Grundstück besteht. Vgl. dazu oben § 204.

50) Es entscheidet das subjektive Unvermögen des Vorkäufers.

51) Und am Erfüllungsort. Motive Bd. 2 S. 349. Der objektive Werth zu dieser Zeit und an diesem Orte, nicht das Interesse des Empfängers der Nebenleistung kommt in Betracht.

52) Z. B. der dritte Käufer hat die persönliche Verpflegung des Verkäufers übernommen.

53) Darüber hat das Gericht nach freiem Ermessen (nach Maßgabe der vorhandenen thatsächlichen Anhaltspunkte) zu entscheiden. Dabei wird wie zu §§ 139

Vorkaufsrechts ganz ausgeschlossen[54]); andernfalls kommt die Nebenleistung nicht weiter in Betracht[55]). § 507.

c) Analog wird auch der Fall zu behandeln sein, da nachweislich dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Person zu geringerem Preise verkauft worden ist[56]). Der Vorkäufer kann den dem Dritten bewilligten Nachlaß nicht für sich in Anspruch nehmen, wird also entsprechend zuzahlen müssen.

II. Kaufähnliche Geschäfte.

§ 229.

I. Besteht das Entgelt beim Güterumsatz[1]) nicht in einer Geldleistung, sondern in Leistung anderer Gegenstände (Sachen, Rechte) gegen die empfangenen[2]), so haben wir den Tausch[3]). Der Tausch hat keinen so spezifisch wirthschaftlichen Charakter als der Kauf. Er kommt im Leben seltener — mehr gelegentlich — vor; dennoch wird er rechtlich nach Art des Kaufes behandelt[4]). § 515 BGB. Und zwar in der Weise, daß beide Parteien in Ansehung der von ihnen selbst zu bewirkenden Leistungen wie Verkäufer, — in Ansehung der zu empfangenden wie Käufer anzusehen sind. Dies gilt sowohl hinsichtlich des näheren Inhalts der betreffenden Verpflichtungen, Gefahrtragung, Annahmepflicht, als hinsichtlich der Gewährleistung für Rechtsverschaffung und Mängel der gelieferten Sachen[5]).

---

u. 155 BGB. verständige Erwägung der Parteien zu unterstellen sein. S. o. Bd. I § 77 Ziff. II.

54) Aus ähnlichen Gründen wie beim Kindskauf (s. o. Ziff. 2c).

55) Ohne daß dafür ein Surrogat zu leisten wäre.

56) Der Kauf ist dann mit Schenkungselementen vermischt (negotium mixtum donatione, Freundschaftskauf). Wir werden den schenkungsweisen Nachlaß eines Theils des (sonst zu fordernden) Kaufpreises nach Art der in § 507 BGB. besprochenen Nebenleistung behandeln. Der nachgelassene Betrag wird regelmäßig in Geld schätzbar sein.

1) S. o. § 211.

2) Nicht zu verwechseln mit zwei Verkäufen unter denselben Parteien in umgekehrter Parteirolle unter Aufrechnung der Kaufpreise. Hier sind die beiden Waarenleistungen zunächst in Geld veranschlagt und für den Geldpreis zu vollziehen.

3) Vgl. Lucas, Ueber den Tausch (1899).

4) Dies war im röm. Recht nur wegen des dort herrschenden Kontraktsformalismus nicht der Fall (der Tausch im Gegensatz zum Kaufe war kein Konsensual- sondern ein Innominatrealkontrakt). Schon im ehemaligen gemeinen Recht ward mit der allgemeinen Klagbarkeit aller Verträge dieser Gegensatz abgeschleift: das aus dem Innominatkontrakt folgende Reurecht der Parteien (condictio causa data causa non secuta) beseitigt. Die modernen Gesetze: Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 363, Code Nap. Art. 1702 ff., Sächs. GB. § 1138 behandeln den Tausch im Wesentlichen nach Art des Kaufs.

II. Verträge auf entgeltliche Veräußerung oder Belastung von Gegenständen sind insofern kaufähnlich, als zahlreiche Vorschriften des Kaufrechts auf sie angewendet werden. §§ 445, 493 BGB. So vor Allem die Vorschriften über die Gewährleistung für Mängel im Rechte des Veräußerers ꝛc. und Sachmängel[6]); aber auch je nachdem die Verpflichtung des Erwerbers zur Abnahme des Gegenstandes[7]). In dieser Hinsicht sind kaufähnlich auch manche unten noch zu behandelnde konkrete Geschäfte, z. B. der Vergleich, das Einbringen von Sachen in eine Gesellschaft u. dgl. Bei anderen wird die Anwendung der Kaufregeln zum Theil besonders verfügt[8]).

III. Eine besondere Ausgestaltung des Kaufes mit Verwirkungsklausel (§ 360 BGB.) sind die Abzahlungsgeschäfte[9]). Bei diesen soll der Preis einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache in Theilzahlungen entrichtet werden; es behält sich aber der Verkäufer das Recht vor, bei nicht rechtzeitiger Zahlung der einzelnen Kaufpreisraten ꝛc.[10]) vom Vertrage zurückzutreten. Damit kann ein Eigenthumsvorbehalt an der übergebenen Sache bis zur völligen Zahlung aller Raten (im Sinne des § 455 BGB.) verbunden sein. Nothwendig ist dies aber nicht.

Der Zweck des Abzahlungsgeschäfts kann auch in Form eines sog. „Möbelleihvertrages" erreicht werden, wobei die eine Partei der anderen die übergebenen Mobilien gegen bestimmte Ratenzahlungen vermiethet, mit der Maßgabe daß, wenn die Summe der Miethzahlungen einen gewissen im Vertrage festgesetzten Betrag erreicht, die Mobilien in's Eigenthum des Miethers übergehen und letzterer von weiteren Zahlungen befreit sein soll[11]).

5) Uebrigens ist die „entsprechende Anwendung" nicht immer leicht. So z. B. beim Anspruch auf Minderung wegen Mängel einer der vertauschten Sachen. Arg. § 473 BGB. wird die Gegenleistung zunächst in Geld zu veranschlagen sein.

6) S. darüber schon oben § 173. Selbstredend auch die Verpflichtung zur Uebergabe der veräußerten Sachen; — bei Belastung nur insoweit als eine solche dem Inhalt des begründeten Rechtes entspricht (s. § 433 Abs. 1 i. f. BGB.).

7) Arg. §§ 433 Abs. 2, 445 BGB. Doch ist zu beachten, daß die Anwendung nur eine „entsprechende" ist, und oft verbietet sich die Konstruktion einer Annahmepflicht aus inneren Gründen.

8) So z. B. bei der Leistung an Erfüllungsstatt (§ 365 BGB. u. oben § 187), der Gemeinschaftstheilung in natura (§§ 731, 757, 1477, 2042 Abs. 2 BGB.).

9) Vgl. Hausmann, Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (1891) und die Kommentare zum RG. v. 16. Mai 1894. Fuld in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 39 S. 564. Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts (1898).

10) Oder bei kontraktwidriger Behandlung der Kaufsache in der Zwischenzeit u. dgl.

11) Die sog. Miethzinsen sind hier in Wahrheit Ratenzahlungen, insofern

Die Abzahlungsgeschäfte sind mit mancherlei sozialen Uebelständen verbunden und dienen vielfach zur Ausbeutung der kapitalarmen Bevölkerung [12]). Das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 hat daher für den Fall, daß der Empfänger der Waare nicht als Kaufmann in's Handelsregister eingetragen ist [13]), für alle Arten von Abzahlungsgeschäften [14]) verfügt:

1. Daß bei Rücktritt jeder Vertragstheil verpflichtet ist, dem anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Doch muß der Käufer dem Verkäufer für den gemachten Gebrauch der Sache, für etwaige Beschädigungen und für die in Folge des Vertrags gemachten Aufwendungen Ersatz leisten [15]).

2. Die Abrede, daß beim Ausbleiben einer Theilzahlung die ganze Restschuld fällig werde, ist nur dann gültig, wenn

a) der Käufer wenigstens mit zwei aufeinanderfolgenden Theilzahlungen [16]) im Verzug ist, und zugleich

b) der rückständige Betrag wenigstens den zehnten Theil des ganzen Kaufpreises ausmacht [17]).

---

sie den Gebrauchswerth der Sache für die fragliche Zeit regelmäßig übersteigen.

12) In Folge der Verwirkungsklausel (lex commissoria), so wie sie vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere in Anschluß an l. 4 § 1, l. 6 pr. Dig. de lege comm. 18, 3 verstanden wurde, verlor der Käufer beim Rücktritt des Verkäufers auch die bereits gemachten Anzahlungen. In der Form des Möbelleihvertrages liegt dies geradezu! — Auch neben § 360 BGB. würde das Gleiche ohne die hier in Rede stehenden Spezialvorschriften bedungen werden können.

13) § 8 d. Ges. In diesem Falle treffen die eben erwähnten sozialen Bedenken nicht zu.

14) § 6 d. Ges. Für alle in fraudem legis abgeschlossenen Geschäfte: Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethweise Ueberlassung der Sache, zu erreichen, gleichviel ob dem Empfänger der Sache das Eigenthumserwerbsrecht bereits eingeräumt ist oder nicht.

15) Nach näherer Anleitung der §§ 1—3 d. Ges. Gebrauchsvergütung und Schadensersatz müssen der thatsächlichen Sachlage entsprechen, dürfen also nicht im Voraus durch den Vertrag willkürlich festgesetzt sein. Dennoch wird zugelassen, daß sie im Voraus nach Prozenten des Kaufpreises festgesetzt werden. Z. B. für Unterschied von alt und neu 25%, für Abnutzung 5% pro Monat, für Aufwendungen 10%. Nach 13 Monaten ist dies dem Kaufpreis gleich ($25 + 13 \times 5 = 65 + 10 = 100$), der Effekt also = lex commissoria alten Stiles (s. o. Note 12). Durch Schadensersatz und Vertragsstrafe (s. u.) kann dieses Resultat unter Umständen noch früher erreicht werden. Vgl. Dernburg § 200 Ziff. II.

16) Ganz oder theilweise.

17) § 4 Abs. 2 d. Ges. Dadurch wird der Ausbeutung des Käufers entgegengetreten, welche darin liegt, daß er den auf längere Stundung berechneten (und demgemäß entsprechend höheren) Kaufpreis plötzlich ohne den Vortheil der Zeit-

3. Schließlich[18]) ist der Verkauf von Lotterieloosen, Inhaberpapieren mit Prämien[19]), Bezugs- und Antheilscheinen auf solche Papiere gegen Theilzahlung durchaus verboten[20]).

III. Die Schenkung*.

§ 230.

A. Begriff und Abschluß.

An Kauf und Tausch reiht das Gesetz die Schenkung an. Betrifft der Kauf den entgeltlichen Güterumsatz, so geht die Schenkung im Prinzip auf unentgeltliche Zuwendungen. Die Zuwendung kann sich auf Güter aller Art, auch auf Geld beziehen.

Der Begriff der Zuwendung ist früher entwickelt[1]). Wir begreifen darunter Verfügungen aller Art, z. B. die Verschaffung von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, Abtretung von Forderungen und anderen Rechten, die Befreiung von solchen u. dgl. Wie diese Verfügungen entgeltlich in einem Kaufgeschäfte übernommen werden können[2]), so bilden sie, unentgeltlich übernommen, den Gegenstand der Schenkung. Aber auch die Neubegründung von Forderungsrechten ist Zuwendung[3]), also, wenn unentgeltlich, Schenkung. Doch geht eine solche Forderung meist wiederum auf eine Verfügung[4]), z. B. Geldzahlung

---

bestimmung entrichten muß. Dazu soll es nur bei gröberen Verstößen des Käufers kommen können.

18) Die Bestimmung § 4 Abs. 1 d. Ges. wegen Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe ist heutzutage in das allgemeine Recht übergegangen. S. o. § 178 Ziff. 3.

19) RG. v. 8. Juni 1871.

20) § 7 d. Ges. v. 16. Mai 1894. Dieser Verkauf ist nichtig und strafbar.

*) Burckhard, Stellung d. Schenkung im Rechtssystem (1891), Schenkungsannahme (1892), Begriff der Schenkung (1899); Bekker, Pand. II §§ 102 ff. — Schollmeyer § 3; Dernburg §§ 205 ff.; Endemann I §§ 164 ff.; Cosack §§ 139—140; Mathiaß I § 112; Enneccerus I §§ 256 ff.

1) S. Bd. I § 74 gegen Ende.

2) S. o. § 211 Anm. 1.

3) S. Bd. I § 74 zu Note 22.

4) Allerdings kann das Schenkungsversprechen auch auf Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen 2c. gehen: dann nämlich, wenn dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde, und wenn die Gebrauchsüberlassung mit einer Vermögensaufopferung von Seiten dessen verbunden ist, der den Gebrauch gewährt. Hier kann sogar die unmittelbare Ueberlassung Schenkung sein. Sonst aber ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, sei es von Sachen oder auch von Arbeitskräften (Leistung von Diensten) keine Schenkung, sondern ein besonderes Geschäft, z. B. Leihe, Auftrag, Verwahrung 2c. (§§ 598, 662, 690 BGB.). Diese unterstehen nicht den Schenkungsregeln. S. auch Oertmann § 516 Note 3 u. Cit. — Danach steht

oder Leistung anderer Sachen, Bestellung dinglicher Rechte u. s. w. Die Schenkung durch Begründung eines Forderungsrechts ist das sog. Schenkungsversprechen.

1. Wir sahen schon, daß eine Zuwendung für sich allein gar nichts real Existirendes ist; daß sie vernünftigerweise nur denkbar ist in Verbindung mit einem Zweck, der durch die Zuwendung erreicht werden soll[5]. Hier ist der Zweck die unentgeltliche Vermögensbereicherung des Empfängers[6], wie es beim Kaufe die Erlangung des Entgelts war. Danach ist die Schenkung ein besonderes Geschäft wie dieser[7]; — ein Geschäft, das regelmäßig auf eine unentgeltliche Verfügung gerichtet ist[8], aber nicht schon an sich diese Verfügung enthält. Vielmehr kann sich nur unter Umständen, wie wir dies schon beim Kaufe gesehen haben[9], das Schenkungsgeschäft mit der Verfügung zu einem Akt verbinden, wenn die Erklärungen der Parteien den Anforderungen beider Geschäfte genügen. Die Erklärung hat dann die dort erwähnte doppelte Funktion: die Schenkung wird eine sog. Realschenkung oder ein Handgeschenk[10].

Im Gegensatz dazu steht das Schenkungsversprechen. Hier wird der Schenkungszweck durch bloße Begründung der Forderung des Beschenkten gegen den Schenker erreicht[11]. Das Schenkungsgeschäft erschöpft sich in diesem Versprechen: die materielle Leistung ist hier nur Erfüllung des Schuldverhältnisses[12].

---

die Schenkung auf der Grenze der Verfügungs- und Gebrauchsüberlassungsgeschäfte (II. Kapitel), gehört aber ganz überwiegend zu der ersteren Kategorie.

5) S. Bd. I § 74 bei Note 24.

6) Auf sie geht der sog. Schenkungszweck. Letzterer umfaßt nicht die dahinter liegenden Motive, z. B. Freundschaft, Gunst, Barmherzigkeit, Prahlerei, Bestechung ꝛc. Doch sind einzelne dieser Motive rechtlich nicht gleichgültig. S. z. B. unten § 233 und hier weiter bei Note 30 ff.

7) Jedenfalls ist dies die Auffassung des Gesetzes (§§ 516 ff. BGB.). Die Schenkung ist ihm kein „allgemeiner Charakter, den die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können"; solche „Geschäfte", die nebenbei auch Schenkung wären, existiren im Leben nicht: ein konkretes Geschäft des Lebens entsteht erst durch Kombination eines Zuwendungsakts (Uebereignung, Versprechen, Erlaß ꝛc.) mit dem Schenkungszweck. Die Schenkung ist also ein Geschäft für sich, wie die Erfüllung (oben § 182), der Kauf (§ 211), die Aussteuer von Kindern ꝛc., — alles Geschäfte, die auch durch die verschiedensten Zuwendungsakte bewerkstelligt werden und dennoch spezielle Geschäfte bleiben.

8) S. o. Note 4.

9) Oben § 211 Ziff. 2.

10) Vgl. o. § 211 Note 12 u. Cit.

11) Wozu, abgesehen von der Form (s. u.), einfache Erklärung der Parteien im Schenkungsvertrage genügt.

12) S. o. § 182. Also nicht selbst Schenkung. Sie kann aber stärker wirken, wenn das Versprechen nichtig ist. § 518 Abs. 2 BGB.

Es ist also verfehlt zu sagen, daß die Schenkung bald ein obligatorisches, bald ein dingliches Rechtsgeschäft sei[13]); sie ist der immer gleiche schuldrechtliche Rechtfertigungsgrund von Vermögensverschiebungen aller Art, die sonst mangels eines wirthschaftlichen Grundes[14]) regelmäßig als ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers (§ 812 BGB.) zurückgeleistet werden müßten, so aber obligatorisch gedeckt und getragen werden[15]). Und zwar nicht schlechthin, sondern nur nach bestimmten Regeln und Voraussetzungen, die eben das Wesen der Schenkung ausmachen. Damit treten wir an die Einzelheiten dieses Geschäfts.

2. Schenkung ist nach unserem Gesetz die Einigung der Parteien auf eine unentgeltliche Zuwendung. § 516 Abs. 1 BGB. Darin liegt:

a) es muß eine Zuwendung beabsichtigt sein, also der Uebergang eines Vermögenswerthes[16]), welcher

α. aus dem Vermögen des Schenkers kommt[17]), dieses also vermindert. Daher ist keine Schenkung die bloße Gebrauchsüberlassung

13) Dernburg § 205 Note 1 bezeichnet die Stellung der Schenkung im Obligationenrecht als eine Verlegenheitsstellung, unter Widerlegung der allerdings nicht überzeugenden Ausführung von Cosack § 139 Ziff. I i. f. Burckhard, Stellung der Schenkung im Rechtssystem (1891) hat der Frage eine ganze Monographie gewidmet.

14) Also als Leistung z. B. auf Grund von Kauf, Tausch, Erfüllung eines sonstigen Schuldverhältnisses, Leistung an Erfüllungsstatt u. s. w.

15) Man kann auch sagen: Die Schenkung verpflichtet den Schenker, zu der von ihm vollzogenen Zuwendung zu stehen. Dadurch bleibt das Schenkungsrecht (§§ 516 ff. BGB.) nicht weniger wichtig, auch wenn schon geleistet worden ist. Nicht selten erweist sich die erfolgte Leistung als trügerisch: das Geleistete gehörte nicht dem Schenker oder war mangelhaft (es tritt die Verpflichtung zur Gewährleistung aus der Schenkung ein); oder die Schenkungsvoraussetzungen fallen weg (das Geschenk kann widerrufen, das Geleistete zurückgefordert werden) 2c. S. entsprechend oben § 211 zu Note 13.

16) S. o. Bd. I § 74 zu Note 22. Der Uebergang braucht übrigens kein unmittelbarer zu sein. S. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 201.

17) Demgegenüber unterschied man gemeinrechtlich noch eine sog. Schenkung im weiteren Sinne, derzufolge nur das Vermögen eines Anderen in unentgeltlicher Absicht vermehrt, nicht diese Vermögungsvermehrung durch eine Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers erkauft wird. Im Anschluß daran hat schließlich Burckhard (zum Begriff der Schenkung, 1899) den Satz aufgestellt, daß es nur einen einzigen absoluten Begriff der Schenkung gebe, d. i. die Bereicherung Jemandes durch einen Anderen ohne Aequivalent; womit aber nur ein Minimum von Erfordernissen aufgestellt sei, während die Rechtsordnung überall, wo sie die Schenkung mit bestimmten Rechtsfolgen bekleide, dazu noch andere Erfordernisse aufstellen könne. Dann sei Schenkung im Sinne dieser Rechtsvorschrift immer nur eine solche mit den entsprechenden besonderen Voraussetzungen (d. h. nur wenn sie vorlägen, finde jener Rechtssatz Anwendung). Dies mag zum Verständniß der röm. Quellen zutreffen, in denen der Ausdruck „Schenkung" in ganz verschiedenem Sinne gebraucht wird; für das moderne Recht genügt es, neben das Schenkungsgeschäft des Gesetzes, von dem im Text die

von Sachen 2c. und faktische Dienstleistungen ohne Vermögensaufopferung von Seiten dessen, der sie gewährt[18]). Ebensowenig die Bestellung oder das Aufgeben von Sicherheiten[19]) ohne besondere Gegenleistung; endlich nicht der Verzicht auf einen Gewinn: das Unterlassen eines Vermögenserwerbs oder die Ausschlagung angefallener aber noch nicht endgültig erworbener Rechte (Erbschafts-, Vermächtnißausschlagung), selbst wenn der Gewinn dadurch einem Anderen zufällt[20]). § 517 BGB. „Der Schenker muß ärmer werden."

β. Die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers muß in das Vermögen des Beschenkten erfolgen. „Der Beschenkte muß durch die Schenkung reicher werden." § 516 Abs. 1[21]). Daher ist denn auch z. B. die freiwillige Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit[22]) keine Schenkung; ebensowenig die Verleihung von Gütern ohne Vermögenswerth, z. B. eines Namens, des Adels oder sonstiger idealer Güter[23]). Dagegen genügt es, wenn der Beschenkte nur ein Forderungsrecht auf eine vermögenswerthe Leistung[24]) erlangt hat[25]).

b) Es genügt, daß der Vermögenswerth beabsichtigtermaßen aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten übergeht. Es ist nicht erforderlich, daß dieser Uebergang durch ein Rechtsgeschäft vermittelt wird. Wie eine ungerechtfertigte Vermögens-

---

Rede ist, in allgemeinerer Weise die Fälle zu setzen, in denen ein anderes Geschäft eine Freigebigkeit enthält, ohne daß es deshalb als Schenkung zu bezeichnen wäre. Dies dient sicherlich auch der Klarheit der Begriffe und wird durch § 517 BGB. bestätigt.

18) S. o. Note 4. Dernburg § 205 II Ziff. 2; Oertmann § 517 Note 3.

19) Es liege denn darin eine (mittelbare) beabsichtigte Disposition über das gesicherte Recht bezw. dessen Beitreibbarkeit. Vgl. schon l. 18 Dig. quae in fraud. 42, 8; Prot. Bd. 2 S. 8 ff. Vgl. im Uebrigen Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 85, Bd. 9 S. 100.

20) Z. B. Erbschaftsausschlagung zu Gunsten eines Dritten. War dagegen das verzichtete Recht schon endgültig erworben (z. B. ein befristetes Recht), so liegt in dem Verzicht ein Element der Schenkung. Ein bedingtes Recht dagegen ist noch nicht endgültig erworben, daher Verzicht darauf keine Schenkung. — Alles dies galt auch schon größtentheils im (richtig verstandenen) röm. Recht. Vgl. l. 5 §§ 13 ff., l. 25, 31 § 7 Dig. de don. i. v. et ux. 24, 1; l. 9 pr. 23 pr. Dig. de mort. c. don. 39, 5.

21) Ueber den Begriff der Bereicherung s. u. § 317.

22) S. o. § 140. Trotzdem die Leistung darauf nicht erzwungen werden kann. — Bürgschaftsübernahme und Pfandbestellung zu Gunsten eines Dritten sind keine Schenkung an dessen Gläubiger. Dernburg § 205 Note 11 u. Cit.

23) S. schon l. 5 § 8 Dig. de don. i. v. 24, 1.

24) In dieser Weise kann auch das ganze Vermögen verschenkt werden. Der Wortlaut des § 516 BGB. steht nicht entgegen. S. vielmehr §§ 310, 311 BGB. u. oben § 166 Note 31 ff.; Bd. I § 31. Die Schenkung bezieht sich auf die einzelnen Objekte (§ 166 Note 33). Die Gläubiger des Schenkers haben die Rechte aus § 205.

25) Das Schenkungsversprechen ist Schenkung. S. o. zu Note 3 u. 11.

bereicherung thatsächlich geschehen kann und Anlaß zur Rückforderung gibt (§§ 812, 852 Abs. 2, 951 BGB.), so ist umgekehrt die Rückforderung ausgeschlossen (Schenkung vorhanden), wenn sich die Absicht unentgeltlicher Zuwendung in die thatsächliche Vermögensverschiebung hineinlegt[26]), ohne daß sich der Thatbestand im Uebrigen verändert[27]).

Ebenso kann die Bereicherung indirekt geschehen. Z. B. Jemand zahlt die Schulden eines Anderen an dessen Gläubiger. Vgl. § 685 BGB[28]).

c) Die Zuwendung muß unentgeltlich sein. D. h. ihr Zweck auf Seiten des Zuwendenden ist ein nichtwirthschaftlicher. Abwesenheit aller wirthschaftlichen Zwecke — das Fehlen aller rechtlichen Gegenvortheile für das zu Leistende ist Schenkung[29]). Alle sonstigen Absichten, die der Schenker mit seiner Gabe etwa verfolgen mag[30]), stehen grundsätzlich außerhalb der Rechtsordnung[31]). In dieselbe hinein treten sie nur zuweilen auf Umwegen; indem die Rechtsordnung Veranlassung nimmt, wegen der häufigen Unlauterkeit dieser Gründe, oder weil ihnen oft die Reue folgt, die Schenkungen einzuschränken. Dies ist ein Gebot der Rechtspolitik[32]). Die Rechtsordnung ist der Schenkung heutzutage sogar günstiger als ehemals[33]), und es muß sich zeigen, ob sie darin nicht zu weit gegangen ist. Vor Allem sind ausgezeichnet Schenkungen, durch die „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entsprochen wird[34]). Auf diese finden einige für andere Schenkungen geltenden Schranken keine Anwendung[35]). Anderseits sind einfache Dankesschulden in keiner Hinsicht rechtliche Schulden: hat der Empfänger einer Zuwendung

26) Wegen dieser Absicht und deren Annahme s. noch unten lit. d.

27) Die zunächst rein faktische Vermögensverschiebung wird dadurch zur Zuwendung im Rechtssinne, also auch im Sinne des § 516 BGB. Z. B. Jemand reparirt das Haus seines Freundes in dessen Abwesenheit (s. auch § 685 BGB.); er läßt in Schenkungsabsicht allerlei Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe verfallen. Zustimmend (gegen Cosack § 139 I Ziff. 1a) auch Dernburg § 205 zu Note 5; Oertmann § 516 Note 5.

28) Dies war schon im älteren Rechte unbestritten.

29) S. Bd. I § 74 i. f. u. § 75 zu Anfang, und oben Note 6.

30) Sie können gute sein, aber auch sehr schlechte. Vgl. die Skala: Barmherzigkeit, Dankbarkeit, Mitleid, Schwäche, Eitelkeit, Prahlerei, Bestechung.

31) Sie halten sich im Rahmen eines bloßen Beweggrundes. S. o. Bd. I § 78. Dagegen ist causa (Rechtfertigungsgrund) der Zuwendung einzig die Unentgeltlichkeit. Anderweitige Bestimmungsgründe der Zuwendung schließen den Schenkungswillen aus. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 191, Bd. 27 S. 336.

32) Also auch öffentlicher Ordnung und somit zwingenden Rechts.

33) Vgl. für das röm. Recht besonders Windscheid, Pand. II §§ 366, 367. Noch weiter beschränkten die Schenkung das Preuß. A.LR. und der Code Nap.

34) S. dazu schon oben § 140 gegen Ende.

35) S. z. B. § 534 BGB. u. unten § 233 Ziff. I.

keinen anderen Anspruch als auf die Dankbarkeit des Gebers, so ist das Empfangene Schenkung und nichts als Schenkung[36]); es hat nicht den Charakter einer Gegenleistung.

Dagegen kann dem Schenkungszweck ein wirthschaftlicher Zweck beigefügt werden[37]). Dies ist in doppelter Art möglich.

α. Durch Bindung der Schenkung an eine Auflage (§§ 525 ff.). Hier wird an die schenkweise Zuwendung eine Leistung des Empfängers geknüpft, ohne daß letztere einen Gegenwerth für das Empfangene darstellt. Deshalb thut diese dem Empfänger auferlegte Leistung dem Schenkungscharakter des Geschäfts keinen Eintrag[38]). Immerhin gelten für die Schenkung mit Auflage gewisse besondere Regeln[39]).

β. Anderseits kann ein Geschäft, das einen Güterumsatz enthält, aus Schenkungs- und wirthschaftlichen Zwecken gemischt sein[40]). Das bedeutet: die Zuwendung ist an eine Gegenleistung gebunden in der Art, daß sie aufhört eine einseitige Zuwendung zu sein[41]). Das Geschäft geht auf Leistung gegen Gegenleistung[42]). Aber die Gegenleistung soll kein Entgelt sein für die Totalität des Empfangenen (der Mehrbetrag ist geschenkt); oder sie soll es zwar sein, aber nur unter Hinzurechnung eines daran bereits bewilligten Nachlasses (der nachgelassene Betrag ist geschenkt). So setzt sich das Geschäft aus einem entgeltlichen (Kauf, Tausch ꝛc.) und aus einer Schenkung zusammen[43]). —

---

36) Die sog. remuneratorische Schenkung ist als eine gewöhnliche Schenkung anzusehen. S. auch Motive Bd. 2 S. 289.

37) S. über mehrere Zwecke einer Zuwendung im Allgemeinen schon Bd. I § 75 Note 3 u. § 78 Ziff. 2. — Ein solcher Nebenzweck ist aber nicht die bloße (wenn auch noch so begründete) Hoffnung auf ein dereinstiges Gegengeschenk des Beschenkten. Diese Hoffnung steht außerhalb der Rechtsordnung.

38) S. besonders Bd. I § 75 zu Note 2, § 78 Note 11. A. M. Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage, Umsatzvertrag (1897) S. 160 ff., ohne praktisch brauchbare Resultate an die Stelle zu setzen.

39) S. u. § 232.

40) S. über das sog. negotium mixtum cum donatione l. 38 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 5 § 5 Dig. de don. i. v. et ux. 24, 1; Bekker, Pand. II S. 201 u; Lammfromm a. a. O. S. 132 ff.; W. Koeppen, Das neg. mixtum cum don. (1901); Oertmann § 516 Note 8. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 265.

41) Was bei der Schenkung mit Auflage nicht der Fall ist. Hier bleibt das Geschäft immer Schenkung, also einseitige Zuwendung (ohne Entgelt).

42) Do ut des u. s. w. in dem oben Bd. I § 78 Note 11 entwickelten Sinne.

43) Dies ist nicht einfach dann der Fall, wenn der Werth der Leistung denjenigen der Gegenleistung übersteigt. Das kommt oft vor (s. o. § 212 zu Note 30), da sich der Preis nach Angebot und Nachfrage richtet. — Ueberhaupt darf man nicht jede einem entgeltlichen Geschäft hinzugefügte kleine Nebenleistung des einen Theils zur Schenkung aufbauschen. Der Gesammttypus entscheidet.

Die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung, wenn sie auch im Leben nicht gerade selten vorkommt, ist doch nicht das Gewöhnliche. Es ist daher die Unentgeltlichkeit von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft[44]).

d) Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung muß eine übereinstimmend von beiden Parteien beabsichtigte sein. Die Schenkung ist also ein Vertrag[45]). Dies trifft nicht nothwendig das reale, sondern das schuldrechtliche Element des Akts[46]). Das schuldrechtliche Band zwischen dem Schenker und Beschenkten, welches die Zuwendung zur Schenkung macht, kann sich ohne vertragliche Uebereinstimmung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung nicht anspinnen[47]).

Das Zustandekommen der Schenkung setzt also eine Annahme von Seiten des Beschenkten voraus[48]). Diese ist in der Annahme der Zuwendung allein noch nicht enthalten. Vielmehr muß der Beschenkte die Unentgeltlichkeit kennen und damit einverstanden sein[49]). Einer besonderen Form bedarf die Annahme in keinem Falle, da der Beschenkte bei dem Geschäfte nichts riskirt, die Annahme auch oft ziemlich nahe liegt.

α. Auch wo die Schenkung selbst an eine Form gebunden ist[50]), ist also die Annahmeerklärung vom Formzwange befreit. Sie kann ohne Beurkundung, ja selbst durch indirekte Erklärungsmittel geschehen[51]). § 518.

---

44) Man pflegt dies auch so auszudrücken, daß Schenkungen nicht vermuthet werden. Einen Beleg s. in § 685 BGB. (die Ausnahme in Abs. 2 daselbst bestätigt die Regel).

45) Auch dies war im gemeinen Recht bestritten (vgl. Savigny, System Bd. 4 § 160; Burckhard, Schenkungsannahme. 1892). Zerfloß der Schenkungsbegriff hier vielfach in's Allgemeine (s. o. Note 17), so war auch der Vertragscharakter in Frage gestellt. Das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 1058 und der Code Nap. Art. 932 hielten am Vertrage fest.

46) S. o. Ziff. 2b. Auch die Zahlung fremder Schulden würde ohne das Erforderniß des Textes hierhergehören.

47) Vom animus donandi kann man danach noch reden (ähnlich wie vom animus solvendi). Aber um die Schenkung zu Stande zu bringen, muß er acceptirt sein. Ebenso liegt in dem Gesagten, daß die Bereicherung eine durchaus freiwillige sein muß. Solche auf Grund einer bestehenden Rechtspflicht sind nicht Schenkung. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 282 u. oben bei Note 12 u. 36.

48) Es gelten die gewöhnlichen Regeln der Verträge. Daher auch die Antragsgebundenheit des Schenkers. S. o. Bd. I §§ 86 ff., 89 ff.

49) Was ohne Kenntniß nicht angenommen werden kann, auch wenn es „vermuthlich" der Fall sein würde. Z. B. bei Auflassung, Tradition, Begebung eines Wechsels kann dem Empfänger die Schenkabsicht unbekannt sein. Bei Zahlung seiner Schulden an einen Dritten ist ihm möglicherweise sogar die Zuwendung unbekannt.

50) S. u. Ziff. 3.

β. Bloßes Stillschweigen ist regelmäßig noch keine Annahme[52]). Dem Schenker wird deshalb ein Mittel gegeben, aus seiner Ungewißheit, ob die Schenkung angenommen sei, herauszukommen, m. a. W. das Stillschweigen zur Annahme zu gestalten[53]). Dies geschieht, indem er dem Empfänger die Schenkungsabsicht mittheilt und ihm eine angemessene[54]) Frist zur Erklärung setzt[55]), ob er die Schenkung annehme. War diese nicht vorher abgelehnt, so gilt sie nach Ablauf der Frist als angenommen[56]). § 516 Abs. 2.

3. Schon früher waren Schenkungen vielfach an eine besondere Form gebunden, um vor Uebereilung zu schützen und das Geschäft im Interesse der Rechtssicherheit von anderen deutlich zu unterscheiden[57]). Unser Gesetz hat davon nur das Nothwendigste beibehalten. Es steht auf dem Standpunkt, daß für Realschenkungen[58]) in dieser Hinsicht kein Bedürfniß besteht. Dem steht gleich das durch Realleistung vollzogene Geschenk[59]). Wer sich des Schenkobjekts thatsächlich begibt, ist sich der Tragweite seiner Handlung genügend bewußt. Er schenkt nicht über seine vorhandenen Mittel; auch bedarf die Leistung meist selbst einer Form[60]). Auch die Rechtssicherheit leidet nicht darunter, daß

---

51) Vgl. Bd. I § 86. Also durch Empfang der Schenkungsurkunde (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 217 ff.), unter Umständen auch durch Empfang, Verbrauchen u. s. w. der Gabe. S. aber oben Note 49.

52) S. o. § 86 Ziff. 3. Es kommt auf das allgemeine Verhältniß der Parteien überhaupt (auf ihre soziale Stellung u. dgl.) und untereinander an (z. B. ob in dem Geschenk ein barmherziges, hülfreiches Verhalten u. dgl. oder eine Zudringlichkeit liegt. Letzterenfalls ist Stillschweigen des Beschenkten sicher nicht als Annahme zu deuten).

53) Hatte der Empfänger widersprochen, so ist § 516 Abs. 2 nicht anwendbar.

54) Vgl. die Ausführungen oben § 151 Note 8 ff. — Die Vorschrift rechtfertigt sich durch die Interessen des Schenkers. Gegenüber zudringlichen Schenkungen stellt sie allerdings eine starke Belästigung dar. Man kann derartige Zumuthungen nicht vornehm ignoriren.

55) Die Erklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen auch für den Erklärenden unwiderruflich.

56) Dies ist nach der Konstruktion des Textes keine Fiktion, sondern eine (nach den Umständen) nunmehr wahre Annahmeerklärung. — Folgen: Geschäftsunfähige können nicht selbst, — wohl aber geschäftsbeschränkte Personen (arg. § 107 BGB.) annehmen.

57) So nach dem preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 1063 ff., Code Nap. Art. 931 (gerichtliche resp. notarielle Errichtung). Das römisch-gemeine Recht verlangte zur Gültigkeit der Schenkung gerichtliche Insinuation, wenn das Geschenk den Betrag von 500 solidi (4666 Mark 67 Pfg.) überstieg. Vgl. l. 34 pr. 36 § 3 Cod. de don. 8, 53. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 313, Bd. 8 S. 145, Bd. 18 S. 180. Die alten Formvorschriften sind durchaus beseitigt.

58) S. o. bei Note 10.

59) S. das. bei Note 12.

60) Z. B. als Auflassung, Uebergabe. — Bedenken bestehen in dieser Hinsicht nur für die Abtretung von Forderungen und anderen Rechten (§§ 398, 413 BGB.) und für den Erlaß (§ 397). Aber die Abtretung ist keine besonders

hier oft ungewiß bleibt, ob schenkweise oder gegen Entgelt gegeben worden ist[61]).

Dagegen schlägt ein bloßes Schenkungsversprechen oft wegen Unbedachtsamkeit zum Schaden des Schenkers aus. Ebenso liegt es im Interesse der Allgemeinheit, dasselbe von anderen wirthschaftlichen Geschäften deutlich zu unterscheiden. Das Schenkungsversprechen bedarf daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[62]). § 518 BGB. Auf die Annahme des Versprechens bezieht sich die Vorschrift nicht[63]). Dem Schenkungsversprechen wird in § 518 auch ein abstraktes Schuldversprechen gleichgestellt, das schenkungshalber ertheilt wurde[64]); — und diesem wiederum ein schenkweise gegebenes vertragliches Anerkenntniß einer Verpflichtung[65]). Die ausdrückliche Gleichstellung soll der Vorstellung entgegentreten, als liege in Begebung der Schuld- oder Anerkennungsurkunde eine Realleistung, die als solche der Form entbehren könne[66]). Nur effektive Leistung ist von der Form befreit[67]). Aehnlich ist die Begebung von Wechseln, Cheks, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen ꝛc.[68]), wenn sie schenkweise erfolgt, der Form des § 518 unterworfen[69]), widrigen-

---

häufige Art der Schenkung, und die Befreiung des Schuldners wird überall im Recht, und so auch hier begünstigt. — Uebrigens steht auch die traditio brevi manu, durch Besitzkonstitut und durch Abtretung des Herausgabeanspruchs von Mobilien der direkten Uebergabe gleich.

61) Weil die Auflassung, Uebergabe ꝛc. regelmäßig ein abstrakter Vertrag, also ohne Rücksicht auf die causa gültig und rechtsbeständig ist. S. o. § 75 i. f.

62) Andernfalls ist es nichtig. Dies folgt schon aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Vorschrift. — Bei gemischten Geschäften (s. o. Note 40) geht die Nichtigkeit soweit als das Geschäft Schenkung ist. Ob der Rest bestehen kann, hängt davon ab, ob die entgeltlichen Theile des Geschäfts für sich allein gewollt sein würden. Arg. § 139 BGB. u. oben Bd. I § 80 Note 19 u. Cit.

63) S. o. Ziff. 2d unter lit. α. Vgl. auch Bd. I § 87 zu Note 25. Schon nach der Regel des § 128 BGB. kann die Annahme in besonderem Akte erfolgen. Für diesen wird in § 518 die Form erlassen. Es sei denn, daß aus anderen Gründen (z. B. § 313) das ganze Geschäft der Form bedarf.

64) Also die gewöhnliche Schriftform eines solchen Versprechens (s. u. § 304) ist hier nicht ausreichend.

65) Die Ausdrücke, daß man verspreche, oder anerkenne schuldig zu sein, fließen im Leben häufig durcheinander. S. u. §§ 304, 305. Das schenkweise gegebene Schuldanerkenntniß ist regelmäßig ein unwahres: ertheilt in der Absicht, um zu disponiren.

66) Nach dem bei Note 58 Ausgeführten. Dadurch würde praktisch die ganze Schenkungsform illusorisch gemacht. S. auch Prot. Bd. 2 S. 20.

67) Verfügung, effektive Gebrauchsüberlassung (soweit sie Schenkung ist).

68) Aber nicht von Werthpapieren überhaupt. Z. B. eine Banknote kann man von Hand zu Hand verschenken.

69) Zustimmend Dernburg § 206 zu Note 8. A. M. Planck § 518

falls die Urkunde zwar die ihr eigene abstrakte Verpflichtung erzeugt, ohne jedoch im Verhältniß des Schenkers zum Beschenkten[70]) die Berufung auf den mangelnden Rechtsgrund auszuschließen[71]).

Dies ändert sich generell, sobald auf das Versprechen eine effektive Leistung erfolgt. Durch diese wird der Formmangel des Schenkungsversprechens geheilt. § 518 Abs. 2. Da die Leistung als Realgeschenk gültig wäre[72]), soll sie auch als Erfüllung eines früheren Schenkversprechens gültig sein, gleichgültig ob der Erfüllende die Mängel kannte[73]). Theilweise Erfüllung macht das Versprechen gültig soweit sie reicht[74]).

4. Wird die Schenkung nicht angenommen, so kommt sie nach dem oben Gesagten gar nicht zu Stande. Das Schenkungsversprechen ist auch bei Wahrung der Form vollkommen unwirksam[75]). Ein abstraktes Versprechen oder Anerkenntniß unterliegt Einwendungen wegen Mangels des Rechtsgrundes und der Zurückforderung[76]). Ebenso wird eine reelle Zuwendung, die ohne Willen des Bereicherten geschah, im Fall der Nichtannahme des Geschenks nicht von selbst rückgängig[77]), sondern ist nur vom Schenker als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern. § 516 i. f.

Note 2, Oertmann Note 3c. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 5. Aber die Rechtssicherheit verlangt die Ausdehnung (vgl. Note 66).

70) Und den Rechtsnachfolgern der Parteien — wobei das oben Bd. I § 63 Ziff. II Gesagte zu beachten ist. Der Indossatar ist nicht Rechtsnachfolger.

71) Sie bildet eine vom Verpflichteten geltend zu machende Einwendung gegen den Anspruch. Eventuell kann das Versprechen kondizirt werden (nicht die auf die Urkunde geleistete Zahlung, s. u.).

72) S. o. bei Note 58.

73) Andernfalls würde die Gültigkeit schon als erneutes Geschenk außer Zweifel stehen. § 518 Abs. 2 stellt aus praktischen Rücksichten den animus solvendi in Ausführung des Schenkversprechens dem animus donandi gleich.

74) Nicht selten ist die Schenkung an Genehmigung dritter Personen gebunden, sei es die Hingabe oder Annahme. Vgl. § 1446 BGB., Art. 86 EG. BGB. (Bindung des Erwerbs von Schenkungen über 5000 Mark zu Gunsten juristischer Personen an staatliche Genehmigung. S. o. Bd. I § 48 Ziff. 4a). Dies gehört ebensowenig hierher, wie die Familien- und erbrechtlichen Schenkungsverbote (z. B. §§ 1641, 1804, 2113 Abs. 2, 2205, 2207 BGB. Das römischrechtliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist beseitigt).

75) Nach Ablauf der gewöhnlichen Annahmefrist, resp. der in § 516 Abs. 2 BGB. besprochenen besonderen Frist. S. o. Ziff. 2d.

76) Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio). Wie oben Note 71.

77) Nach den Regeln Bd. I § 80 Note 11ff.

§ 231.

B. Verpflichtungen des Schenkers.

Der Beschenkte wird aus der Schenkung regelmäßig nicht verpflichtet. Die Verbindlichkeiten des Schenkers — insbesondere aus dem Schenkungsversprechen[1]) — sind folgende.

1. Er hat das Schenkungsversprechen zu erfüllen; und zwar nach Maßgabe seines speziellen Inhalts, im Uebrigen nach Treu und Glauben und den sonstigen allgemeinen Grundsätzen. Diese führen bei der Schenkung von Sachen und Rechten wesentlich auf die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthums- bezw. Rechtsverschaffung (nach Anleitung von § 433 Abs. 1 BGB.)[2]). Nur mit der Maßgabe, daß der Schenker regelmäßig nicht mehr geben will, als er selbst hat[3]).

Abgesehen davon ergibt sich der Inhalt der Verpflichtung aus der Auslegung des Vertrages. Z. B. ob ein an Mehrere gemachtes Geschenk Jeden nur für seinen entsprechenden Antheil berechtigt[4]); — ob bei einem von dem Geschenk gemachten Abzug der Vorbehalt nach dem Tode des Schenkers an dessen Erben oder den Beschenkten fällt[5]); — ob der Beschenkte das Geschenk abzuholen hat[6]). Eine positive Auslegungsregel enthält § 520: die Verpflichtung zu einer in wiederkehrenden Leistungen zu entrichtenden Unterstützung erlischt mit dem Tode des Schenkers, geht also nicht auf dessen Erben über[7]).

2. Weil die Schenkung wesentlich nur im Interesse des Beschenkten besteht, hat der Schenker nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[8]). § 521. Anderseits bleibt er nach § 281 BGB. zur Leistung der etwaigen Surrogate verpflichtet[9]).

---

1) Inwiefern im Uebrigen die Verpflichtungen des Schenkers — je nach der Sachlage — in Anspruch genommen werden können, darüber s. o. § 230 bei und in Note 15.

2) Also wie beim Kaufe. S. o. § 216 Ziff. 1.

3) Dies führt zu einer erheblichen Einschränkung der Gewährleistungspflicht. S. u. Ziff. 5.

4) Dies ist im Zweifel (arg. § 420 BGB.) anzunehmen, wenn das Geschenk theilbar ist. Andernfalls entscheidet § 432 eod.

5) Regelmäßig an die ersteren, weil der Abzug nicht geschenkt ist. Es kann aber sein, daß ein Vorbehalt nur für die persönlichen Bedürfnisse des Schenkers gemacht ist. Die Vermuthungen der älteren Rechte in dieser Beziehung sind beseitigt.

6) Dies ist regelmäßig anzunehmen (auch bei Geldgeschenken).

7) Dies trifft periodische Unterstützungen aller Art, auch in Form geschenkter Leibrenten. Rückständige Beträge müssen die Erben leisten.

8) Ebenso natürlich seine Erben. Dies ist altes Recht. — Der Satz des

3. Auch von einem Verzuge des Schenkers kann hiernach ohne grobes Verschulden des letzteren keine Rede sein[10]). Ist er durch solches in Verzug gerathen, so haftet er gleichwohl nicht für Verzugszinsen[11]). § 522[12]).

4. Gegen seine Verpflichtungen hat der Schenker die Einrede des Nothbedarfs[13]). § 519 BGB. Dieselbe steht jedem schenkweise ertheilten Versprechen entgegen, auch wenn es als abstraktes Versprechen gültig ist[14]).

a) Der Schenker ist hiernach berechtigt, die Erfüllung des Versprechens zu verweigern, soweit er dazu nicht im Stande ist ohne

α. Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts[15]), oder

β. ohne Gefährdung der Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten[16]).

Dabei kann der Schenker den Betrag seiner sonstigen bestehenden Verpflichtungen in Abzug bringen[17]).

b) Die Einrede bewirkt eine Lahmlegung des Anspruchs, — aber

Textes bezieht sich sowohl auf die Haftung aus dem Vertrage, wie für die Haftung auf das negative Vertragsinteresse, wenn der Vertrag wegen Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit ohne grobes Verschulden des Schenkers nicht zu Stande kam.

9) S. o. §§ 157 ff. Uebrigens kann die Haftung des Schenkers abweichend bestimmt, z. B. verschärft werden. Ein pactum de dolo non praestando ist auch hier unzulässig. S. Bd. I § 109 zu Note 34.

10) S. dazu oben § 161 über die Voraussetzungen des Verzugs. Der Textsatz ergibt sich aus §§ 285, 521 BGB.

11) Dies ist altes Recht (s. schon l. 22 Dig. de don. 39, 5) und gilt auch für die Erben des Schenkers.

12) Im Uebrigen haftet der Schenker nach den allgemeinen Vorschriften (oben § 162); z. B. für sonstige Folgen der Verzögerung der Leistung, Prozeßzinsen ꝛc. (s. o. § 160) in der gewöhnlichen Weise. §§ 291, 292 BGB. sind anwendbar.

13) Auch dies bestimmte schon das röm. Recht (l. 12 Dig. de don. 39, 5). Der Schenker hat das sog. beneficium competentiae. Vgl. Kipp zu Windscheid, Pand. II § 268. In der gemeinen Praxis, sowie im Preuß. A.LR. (I Tit. 11 §§ 1123 ff.) ward der Gedanke ausgedehnt auf die Berücksichtigung der Lebensnothdurft auch in dem Falle, wenn der Schenker bereits geleistet hatte. Er hatte dann in bestimmtem Umfang einen Anspruch auf Unterhalt gegen den Beschenkten. Dies ist beseitigt. Etwas Aehnliches enthält jedoch § 528 BGB. S. darüber unten § 233.

14) S. o. § 230 Ziff. 3. Insbesondere nach Anleitung der Noten 68 ff.

15) Was dazu gehört, ist aus § 1610 BGB. zu ersehen.

16) Vertragsmäßige, auch vertragsmäßig anerkannte, soweit sie nicht eine wahrhafte gesetzliche Grundlage haben, kommen nicht in Betracht. Auch hinsichtlich des Betrags entscheidet schlechthin der gesetzliche Umfang (manche Vorschriften umfassen standesmäßigen, andere hinwiederum nur nothdürftigen Unterhalt). Beispiele in §§ 1351, 1360 ff., 1578, 1583, 1601 ff., 1703, 1705, 1708, 1719, 1721, 1736, 1738 ff., 1757, 1766 BGB.

17) S. § 519 Abs. 1. Entsprechend l. 12 Dig. de don. — Die Voraussetzungen seiner Einrede hat der Schenker natürlich zu beweisen.

nur soweit die Lebensnothdurft reicht. Dies ist quantitativ und zeitlich zu verstehen[18]). Kommt also der Schenker wieder in bessere Verhältnisse, so hat er nachzuzahlen[19]).

c) Liegen Verpflichtungen aus mehreren Versprechen vor, so vertheilt sich die Einrede des Nothbedarfs gegen diese wie folgt:

α. Die Verpflichtungen sind gleichzeitig entstanden, d. h. die mehreren Beschenkten haben gleichzeitig angenommen[20]). Hier kann, wenn nur die Erfüllung aller Versprechungen die Lebensnothdurft gefährdet, der Schenker die Einrede nach Wahl dem einen oder anderen Beschenkten entgegensetzen.

β. Sind die Verpflichtungen zu verschiedener Zeit entstanden[21]), so steht die Einrede immer zunächst der jüngeren Schenkung entgegen (bis die Lebensnothdurft gedeckt ist). Macht der Schenker die Einrede nicht in dieser Weise geltend, so kann er sie gar nicht geltend machen[22]). § 519 Abs. 2.

5. Auch die Gewährleistungspflicht des Schenkers ist herabgemindert[23]). Was zunächst die Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung angeht[24]), so haftet der Schenker

a) soweit er den Mangel im Recht zur Zeit der Schenkung kannte und arglistig verschwiegen hat[25]). Aber auch dann geht seine Ver-

18) Nach dem Wortlaut des § 519 und der Geschichte der Kompetenzeinrede (vgl. l. 63 Dig. pro socio 17, 2; l. un. Cod. de rei ux. act. 5, 13; l. 8 Cod. sol. matr. 5, 18). Zustimmend insbes. Dernburg § 208 Ziff. III; Oertmann § 519 Note 5.

19) Ohne daß er die Rechtskraft des ersten Urtheils entgegensetzen könnte. Doch muß der Nachfordernde die Veränderung der Sachlage beweisen.

20) Denn ohne Annahme keine Verpflichtung aus der Schenkung. S. dazu oben § 230 Ziff. 2d. Der Fall der Gleichzeitigkeit wird danach selten sein.

21) Wobei es wiederum auf die Zeit der Annahme ankommt. S. die vor. Note.

22) Die Entscheidung des Textes beruht auf dem Gedanken, daß der Schenker bei jeder späteren Schenkung immer nur noch das Vorhandene geben will resp. kann. Dies ist auch das Prinzip der Behandlung der Schenkungen gegenüber dem Pflichttheil. § 2329 Abs. 3 BGB. Auf die Gleichheit der Behandlung ist in den Prot. (Bd. II S. 22) besonders hingewiesen. (Der Wortlaut des § 519 Abs. 2 ist demgegenüber nicht ganz genau.) Ist daher die ältere Schenkung bedingt in der Weise, daß die Bedingung erst nach dem Zustandekommen der jüngeren Schenkung eintritt, so werden wir nicht anders entscheiden.

23) Im Verhältniß zu entgeltlichen Geschäften, z. B. der Verpflichtung des Verkäufers: s. o. §§ 219, 220 ff.

24) Der allgemeine Begriff der Gewährleistung ist derselbe. Ebenso ist es hinsichtlich der Beweislast.

25) In dieser Hinsicht steht nicht einmal grobfahrlässiges Nichtkennen des Rechtsmangels gleich. Dies folgt a contr. aus § 523 Abs. 2 (s. u. lit. b). — Arglist liegt trotz Kenntniß des Mangels dann nicht vor, wenn der Schenker annehmen durfte, daß nach Lage der Sache auch dem Beschenkten der Mangel bekannt sei.

pflichtung nicht auf Leistung des positiven Erfüllungsinteresses[26]), sondern nur auf Ersatz des Schadens, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf Behalten der Gabe erlitten hat[27]). § 523 Abs. 1.

Selbstverständlich kann der Schenker eine weitergehende Haftung übernehmen[28]) und ist alsdann nach Maßgabe seiner Zusicherung verpflichtet.

b) Abgesehen davon geht das Gesetz davon aus, daß der Schenker für mehr als er selbst hat, nicht einstehen will[29]). Er haftet also nicht für Mängel im Rechte. Eine Ausnahme besteht nur, wenn ein Schenkungsversprechen ertheilt ist in Ansehung eines Gegenstandes, welchen der Schenker erst erwerben soll[30]). In diesem Falle geht die Schenkung auf etwas, das der Schenker nicht hat: letzterer erfüllt seine Vertragspflicht nur, wenn er den versprochenen Gegenstand wirklich (d. h. unanfechtbar) erwirbt. Anderseits steht auch diese Verpflichtung zur Rechtsverschaffung unter den allgemeinen Grundsätzen der Schenkverpflichtungen[31]), d. h. der Schenker hat dabei nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[32]). Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so haftet er auf Gewährleistung wie ein Verkäufer. § 523 Abs. 2[33]).

6. Aehnlich geregelt ist die Verpflichtung zur Gewährleistung für

26) S. o. § 219 Ziff. 3. Oder gar (s. das. Ziff. 3a) auf nachträgliche Rechtsverschaffung! So auch Prot. Bd. 2 S. 27.

27) Dieser Schadensersatz entspricht dem sog. negativen Vertragsinteresse (s. o. § 151 zu Note 24 ff.)

28) Entsprechend § 219 Ziff. 5 u. oben Note 9. Z. B. auf nachträgliche Rechtsverschaffung; auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses; auf Einstehen für culpa levis etc.

29) Entsprechend dem älteren Recht. Vgl. l. 18 § 3 Dig. de don. 39, 5; l. 2 Cod. de evict. 8, 44. Doch ist die Behandlung im Detail (namentlich daß der Schenker nicht blos wegen Entwährung von Gattungssachen haftet: was aus l. 45 §§ 1 u. 2, l. 46 Dig. de leg. I (30) geschlossen wird) entschieden zweckmäßiger.

30) Sache oder sonstiger Gegenstand! Mag der Gegenstand individuell oder nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt sein. — Jedenfalls aber muß die Absicht, daß der Gegenstand vom Schenker erst erworben werden soll, nach dem Vertrage vorausgesetzt sein (s. über diesen Begriff §§ 459 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB. u. oben § 221 Note 3 i. f.). D. h. hier insbesondere, daß dieser Punkt nicht in der Vertragsurkunde zu stehen braucht. Zustimmend Dernburg § 207 Note 7 gegen Cosack.

31) S. o. Ziff. 2.

32) Er haftet für Kenntniß des Rechtsmangels oder grobfahrlässige Unkenntniß desselben im Augenblicke des Erwerbs. § 523 Abs. 2.

33) S. o. § 219. Die Vorschriften über den Kauf werden entsprechend für anwendbar erklärt, soweit sie überhaupt auf die Schenkung als einseitigen Vertrag passen. Insbesondere haftet der Schenker auf Rechtsverschaffung (Nachholung des Versäumten). Der Beschenkte kann aber auch vollen Schadensersatz (sei es neben der Nachholung oder statt ihrer) verlangen. Ueber den Zeitpunkt der Gewährleistungspflicht gelten entsprechend die obigen Regeln § 219 Ziff. 2, 3.

Mängel einer verschenkten Sache. § 524 BGB. Auch hier haftet der Schenker

a) unbedingt, soweit er den Mangel zur Zeit der Schenkung kannte und arglistig verschwieg[34]). Die Haftung geht auf Ersatz des dem Beschenkten aus dem Fehler entstandenen Schadens[35]). Abs. 1.

Hatte der Schenker eine weitergehende Haftung übernommen[36]), so ist er nach Maßgabe seiner Zusicherung verpflichtet.

b) Abgesehen davon haftet der Schenker regelmäßig nicht für Sachmängel. Anders nur, wenn er ein Schenkungsversprechen ertheilte in Ansehung einer der Gattung nach bestimmten Sache[37]), die er erst erwerben sollte[38]). Hier erfüllt der Schenker seine Pflicht aus dem Schenkungsvertrage nur, wenn er eine im Allgemeinen fehlerlose Sache[39]) erwirbt und liefert. Anderseits haftet er für Erfüllung dieser Verpflichtung im Rahmen von Arglist und grober Fahrlässigkeit[40]). Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so haftet der Schenker auf Lieferung einer fehlerfreien Sache an Stelle der mangelhaften, nach Inhalt des Schuldverhältnisses[41]). Oder, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hatte, nach Wahl des Beschenkten auf vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Beide Ansprüche werden nach den Grundsätzen der Gewährleistung für Mängel einer verkauften Sache behandelt[42]). § 524 Abs. 2[43]).

34) Es gilt das oben Note 25 Gesagte. Insbesondere daß bloßes Kennen des Mangels noch nicht nothwendig Arglist in sich schließt. Gerade die schlechtesten Sachen pflegen im Leben am meisten verschenkt zu werden!

35) Wie oben bei Note 27: Ersatz des Schadens, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf die Fehlerlosigkeit der Sache erlitten hat. Z. B. das kranke Thier hat diejenigen des Beschenkten angesteckt.

36) Entsprechend oben § 220 Ziff. 8. Auch die Zusicherung von Eigenschaften der verschenkten Sache kann hierher gehören. Für etwas anderes als Fehler (im oben § 221 Ziff. 1a bezeichneten Sinne) wird abgesehen davon bei der Schenkung überhaupt nicht gehaftet.

37) Entsprechend oben Ziff. 5b. In der Beschränkung auf Gattungssachen folgt das Gesetz dem älteren Recht (s. Note 29). Eine Nachlieferung ist eben bei verschenkten Individualsachen undenkbar; wegen Arglist genügt die Haftung nach lit. a, und für grobe Fahrlässigkeit soll bei Individualsachen überhaupt nicht gehaftet werden.

38) Betreffs des Hervortretens der Erwerbsabsicht beim Vertrage gilt dasselbe wie in Note 30. Auf die Absicht ist hier, da es sich um Gattungssachen handelt, übrigens leichter zu schließen als im dortigen Falle.

39) Unter Berücksichtigung des § 243 BGB.

40) Entsprechend oben Note 31—32. Es kommt auf die Kenntniß oder grobfahrlässige Unkenntniß des Mangels im Augenblicke des Erwerbs der Sache durch den Schenker an. § 524 Abs. 2.

41) Also nach Anleitung der §§ 480 Abs. 1, 491 BGB. entsprechend wie ein Verkäufer. Die anderen dort erwähnten Rechte fallen hier weg. So auch wenn ausnahmsweise die Nachlieferung eines fehlerfreien Stückes unmöglich sein sollte.

42) Vgl. o. § 222 Ziff. II u. III.

§ 232.

C. Schenkung mit Auflage.

Der Grundsatz, daß der Beschenkte zu Nichts verpflichtet ist[1]), erleidet eine Ausnahme, wenn die Schenkung mit einer Auflage beschwert ist[2]). In diesem Falle wird der Beschenkte durch Annahme der Schenkung zum Vollzug der Auflage verpflichtet; — aber nicht einfach nach den Grundsätzen der gegenseitigen Verträge[3]), da ein solcher nicht vorliegt, ein eigentlicher Umsatz gar nicht beabsichtigt ist, auch die Auflage den Werth der Schenkung regelmäßg nicht erreicht[4]).

Die Auflage ist hiernach eine der Schenkung zugefügte Nebenbestimmung[5]), daß der Beschenkte gehalten sein soll, das Empfangene in bestimmter Weise zu verwenden oder etwas dafür zu leisten. Die Verwendung oder sonstige Leistung kann zum Vortheil des Schenkers oder eines Dritten[6]) bedungen sein[7]); ja sogar zum Vortheil des Beschenkten selbst ist eine Auflage möglich, indem ihm die Verwendung des Geschenkes nicht nach Gutdünken überlassen, sondern eine bestimmte Art und Weise dafür vorgeschrieben wird[8]), vorausgesetzt, daß diese dem Bereich des Rechts überhaupt angehört (nicht als ein blos wohlmeinender Rath gedacht ist[9]).

---

43) Die Regeln dieses § gelten bei gemischten Geschäften (s. o. § 230 Note 40) soweit das Geschäft Schenkung ist. Im Uebrigen ist das Geschäft nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Bei Untrennbarkeit der Bestandtheile wirken Unregelmäßigkeiten, die den einen Theil zu Fall bringen, gemäß § 139 BGB. auch auf den anderen ein. S. schon oben § 230 Note 62.

1) S. § 231 zu Anfang.

2) S. § 230 Text u. Note 38. Stammler, Allg. Schuldverhältnisse S. 85 ff.; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 529 ff.

3) Es ist also z. B. nicht (nach §§ 168 ff. oben) Zug um Zug zu leisten, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gegeben. S. jedoch unten Note 20.

4) In letzterem Falle ist die Entscheidung verhältnißmäßig leicht, da das Mißverhältniß der Werthe auf den nichtbeabsichtigten Entgelt hindeutet. In anderen Fällen ist die Entscheidung oft schwierig. Vgl. o. Bd. I § 78 Note 11. Vermuthungen enthält das Gesetz nicht. Das Geschäft ist nach seinem erkennbaren Inhalt auszulegen.

5) Eine Zweckbestimmung, die einen dem Schenkungszweck beigefügten Nebenzweck der Gabe bezeichnet, nämlich eine wirthschaftliche Beschränkung der Liberalität. S. Bd. I § 78 Ziff. 2.

6) Mit oder ohne eigenes Recht des Dritten. S. o. §§ 179 ff. Arg. § 527 Abs. 2 BGB.

7) Sie kann auch im öffentlichen Interesse liegen (§ 525 Abs. 2). Z. B. der Beschenkte soll etwas für öffentliche Zwecke thun.

8) Z. B. er soll das geschenkte Geld zu einem bestimmten Studium verwenden. Hierhin gehören regelmäßig alle Stipendien u. dgl.

9) Entsprechend dem oben § 141 zu Note 8 ff. Gesagten. Eine bloße

Die Schenkung unter einer Auflage untersteht im Allgemeinen den Schenkungsregeln. So z. B. hinsichtlich der Form des Vertrages und der Haftung des Schenkers. Besonderheiten sind folgende.

1. Der Schenker kann von dem Beschenkten Vollziehung der Auflage verlangen[10]; aber nur, wenn er seinerseits geleistet hat[11]. § 525 Abs. 1. Der Schenker hat also vorzuleisten. Dies entspricht der Natur der Auflage als eines Nebenzwecks der Zuwendung[12]. Dasselbe Recht hat der Erbe des Schenkers; unter Umständen haben es auch andere Personen. So der Dritte, in dessen Interesse die Auflage besteht, wenn ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt[13]; aber keinesfalls früher als der Schenker selbst[14]. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers[15] neben den oben genannten Personen auch die zuständige Behörde[16] die Vollziehung verlangen. § 525 Abs. 2.

2. Auf der anderen Seite folgt aus der Natur der Auflage nicht schon dann eine Einrede des Beschenkten gegen die Erfüllung, wenn die Schenkung zur Erfüllung der Auflage nicht hinreicht[17]. Anders nur, wenn der Fehlbetrag auf einem Mangel im Recht des

---

Empfehlung 2c. des Schenkers ist ebenso rechtsunverbindlich wie ein Beweggrund. Vgl. Bd. I § 78.

10) Der Beschenkte ist zur Vollziehung der Auflage verpflichtet. S. o. Bd. I § 78 Note 13.

11) D. h. also bei der Realschenkung sofort, beim Schenkungsversprechen erst nach der Erfüllung dieses Versprechens.

12) Ebenso entspricht es der geschichtlichen Entwickelung. Im röm. Recht ergab sich das Resultat aus den Erfordernissen der actio praescriptis verbis, mit der auf Erfüllung der Auflage geklagt werden mußte. Vgl. l. 9, 22 Cod. de don. 8, 53. Zustimmend Zitelmann, Gr. S. 135. Dagegen will Cosack § 140 Ziff. 1b den Beschenkten schon mit Annahme des Schenkungsversprechens haften lassen. Z. B. A verspricht dem B ein Geschenk von 10000 Mark unter der Auflage, daß jener ein väterliches Erbstück nicht veräußere. B nimmt das Versprechen an, bricht aber die Auflage sofort. A kann nicht (wie Cosack annimmt) schon vor Zahlung der 10000 Mark die Sache mit Beschlag belegen lassen. Er hat einfach einen peremtorischen Einwand gegen die Zahlung.

13) S. o. Note 6.

14) Also dieser muß zunächst geleistet haben (s. o.).

15) Der Schenker selbst kann hier während seiner Lebenszeit noch auf die Erfüllung der Auflage verzichten; — nicht aber nach seinem Tode seine Erben. Neben den letzteren ist die Behörde forderungsberechtigt, und dieses Recht kann ihr durch einen Verzicht der Erben nicht mehr entzogen werden.

16) Diese wird durch das Landesrecht bestimmt. Die Zuständigkeit wird sich zum Theil nach dem Ressort richten, in dessen Bereich das öffentliche Interesse an der Auflage fällt. Vgl. Preuß. V. v. 16. Nov. 1899 Art. 7; Bayr. AG. 107; Sächs. AG. § 10 2c.

17) Solchenfalls mag er die Schenkung nicht annehmen. Falsche Kalküls des Beschenkten sind sein eigener Schaden.

Schenkers oder auf thatsächlichen Mängeln der verschenkten Sachen beruht. Hier wäre es unbillig, neben der beschränkten Haftung des Schenkers für diese Dinge[18]) auch noch den vollen Anspruch auf Erfüllung der Auflage (über den Werth des Empfangenen hinaus) zuzulassen. Demgemäß gibt § 526 hier dem Beschenkten eine Einrede, soweit der Werth der Schenkung die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht[19]), nach Art der Einrede des nicht erfüllten Vertrages[20]). Die Einrede kann vom Schenker durch Nachzahlung des Fehlbetrages[21]) abgewendet werden, und steht dem Erfüllungsanspruch nur solange entgegen bis dieses geschieht. Hatte der Beschenkte bei Entdeckung des Mangels die Auflage schon erfüllt, so kann er Nachzahlung des Fehlbetrags verlangen[22]). § 526 S. 2. Seine Unkenntniß der Mängel bei Erfüllung der Auflage hat der Beschenkte zu beweisen[23]).

3. War die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich[24]) oder wird sie unmöglich durch einen vom Beschenkten nicht zu vertretenden Umstand[25]), so bleibt die Schenkung bestehen und wird nur von der Last befreit. Der dem Geschäft anklebende Mangel[26]) resp. die Befreiung des Schuldners aus § 275 BGB. trifft nur die Nebenbestimmung[27]). Die Schenkung selbst wird dadurch nur in Mitleidenschaft gezogen, wenn anzunehmen ist, daß der Schenker ohne die Last überhaupt nicht geschenkt haben würde[28]) (arg. § 139 BGB.) oder

---

18) S. o. § 231 Ziff. 5 u. 6.

19) § 526 Satz 1 spricht nicht einmal davon, daß dem Beschenkten der Mangel des Geschenks bei dessen Annahme unbekannt gewesen sein müsse. S. dagegen Satz 2.

20) S. o. § 169.

21) Nicht etwa ist der ganze in Folge des Mangels entstandene Minderwerth der Schenkung auszugleichen. Der Schenker ist auch auf diesem Wege nicht zur Gewährleistung verpflichtet.

22) Hier erweitert sich sein Recht zu einem Anspruche. Die Gründe sind dieselben wie oben. Nur muß der Beschenkte sich im Irrthum befunden haben. Sonst läge seinerseits Schenkung oder Verzicht vor. Fahrlässige Unkenntniß ist gleichgültig.

23) Die Mängel der Schenkung hat er selbstverständlich immer darzuthun.

24) Fall des § 306 BGB. Der physischen Unmöglichkeit steht auch hier die rechtliche gleich, wenn die Auflage gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138, 309 BGB.).

25) S. o. §§ 158 ff. Insbesondere wird in Betracht kommen, wenn der Schenker die Erfüllung der Auflage vereitelt.

26) S. Bd. I § 85, sowie hier oben §§ 145, 166.

27) Das oben § 168 (für gegenseitige Verträge) Gesagte ist hier nicht anwendbar.

28) S. meine Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 534 ff. Angeschlossen haben sich Dernburg § 210 zu Note 2, Oertmann § 525 Note 5 u. A. Entsprechendes bestimmt § 2195 BGB. für erbschaftliche Auflagen, und auch geschichtlich galt

wenn durch den Inhalt der Auflage das ganze Geschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt z. B. unsittlich ist[29]).

4. Beruht die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage[30]) auf einem vom Beschenkten zu vertretenden Umstande oder geräth derselbe mit der Erfüllung in Verzug[31]), so kann der Schenker, statt nach allgemeinen Grundsätzen auf Vollziehung resp. Schadensersatz zu dringen[32]), von der Schenkung zurücktreten, also die Herausgabe des Geschenks verlangen, und zwar unter denselben Voraussetzungen wie bei gegenseitigen Verträgen[33]). § 527 BGB. D. h. er muß, wenn die Erfüllung der Auflage noch möglich ist[34]) und nicht jedes Interesse für den Schenker verloren hat, dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung setzen[35]) und kann erst nach deren fruchtlosem Ablauf das Geschenk zurückfordern[36]). Außerdem ist die Rückforderung[37]) an folgende Einschränkungen gebunden.

a) Sie ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter — sei es ein Pri-

---

wesentlich dasselbe. Vgl. l. 1 Cod. de his quae sub modo 6, 45; l. 8 Cod. de cond. ob caus. 4, 6.

29) Z. B. Schenkung unter einer der oben Bd. I § 85 Note 9 erwähnten Auflagen.

30) Oder was ihr gleichsteht. S. o. § 159.

31) Was nach § 285 BGB. gleichfalls auf einem solchen Umstande beruht. Erlaubtheit der Auflage ist hier selbstverständlich immer vorauszusetzen.

32) S. §§ 280, 286 BGB. Ist die Erfüllung der Auflage noch möglich, so betrifft der Schadensersatz nur die Verzögerung (den Verzug). Der Schenker kann aber von § 283 BGB. Gebrauch machen (s. o. § 159), also den Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurtheilen lassen und ihm dann die bekannte Präklusivfrist zur Erfüllung setzen. Nach deren Ablauf erwächst ihm der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

33) Nach Anleitung der §§ 325, 326 BGB. Das heißt selbstverständlich nicht, daß die Schenkung mit Auflage ein gegenseitiger Vertrag sei. Geschichtlich bestand hier immer ein Reuerecht (condictio causa data causa non secuta. Vgl. l. 3, 8 Cod. de cond. ob caus. 4, 6). Nachdem der Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen in viel intensiverem Maße eingeführt ist, ergab sich die Anlehnung an diese Rechtsgestaltung von selbst. Doch ist der Anspruch beschränkter (er hält sich im Rahmen der condictio). S. u. Note 41.

34) Bei theilweiser Unmöglichkeit kommt es nach § 325 Abs. 1 darauf an, ob die theilweise Erfüllung der Auflage für den Schenker von Interesse ist. S. o. § 170.

35) S. über das Detail oben § 171.

36) Nach den Eingangsworten des § 527 könnte es scheinen, als ob die Verzugsvoraussetzungen bei der Nichterfüllung des Modus nicht vorzuliegen brauchten („unterbleibt die Vollziehung ꝛc."). Auf diese Voraussetzung wird aber durch die Bezugnahme auf das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§§ 325, 326 BGB.) verwiesen. Zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung löst den Rückforderungsanspruch sofort aus (§ 325 Abs. 1); abgesehen davon muß entweder Verzug (§ 326) oder der Fall der rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners (§§ 283, 325 Abs. 2) vorliegen.

37) Die selbstverständlich wie dem Schenker selbst, so auch seinen Erben zusteht.

vater[38]) oder die Behörde[39]) — die Vollziehung der Auflage verlangen kann[40]). § 527 Abs. 2.

b) Die Rückforderung findet, wenn sie zulässig ist, nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung statt[41]). Und selbst diese Rückforderung ist noch eigenthümlich beschränkt. § 527 Abs. 1. Es kann nämlich nicht die ganze durch das Geschenk bewirkte Bereicherung des Beschenkten, sondern nur soviel herausverlangt werden, als zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen[42]). Das Geschenk wird also gewissermaßen in einen belasteten Theil und dessen freien Ueberschuß zerlegt, welch letzterer jedenfalls dem Beschenkten verbleiben soll. Nur der belastete Theil unterliegt der Rückforderung und ist dazu nöthigenfalls nach seinem Werthe zu veranschlagen[43]). Erfordert die Vollziehung der Auflage keinen Vermögensaufwand, so ist der belastete Theil gleich Null und folglich die Rückforderung ganz ausgeschlossen[44]). Doch ist die Vorschrift des § 527 nicht zwingend. Kann also der Schenker darthun, daß er ohne die Auflage überhaupt nicht geschenkt haben würde[45]), so ist, wenn die Zwangsvollstreckung auf Erfüllung versagt[46]), die Rückforderung des ganzen Geschenks aus allgemeinen Grundsätzen zuzulassen[47]).

---

38) Nach den Regeln des Vertrags zu Gunsten Dritter. S. o. Note 6.

39) S. o. Ziff. 1 am Ende. Dieser Fall kommt nur in Betracht, wenn die Erben des Schenkers zurückfordern wollen.

40) Denn der Beschenkte soll nur entweder das Eine oder das Andere leisten. Verzichtet der Dritte auf die Erfüllung der Auflage, so kann der Schenker resp. seine Erben das Geschenk zurückfordern. Der Dritte kann dies niemals.

41) Also nicht nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts von einem Vertrage (§ 327 BGB. u. Cit.). Es handelt sich um eine condictio. S. o. Note 33. Das Detail ergibt sich danach aus §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

42) Diese Beschränkung der condictio ist neues Recht. S. dazu Prot. Bd. 2 S. 32 ff. und meine Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 534 Note 11 ff.

43) Denn dieser Werth war nach Maßgabe der Auflage zu verwenden. Oertmann § 527 Note 2.

44) Der Schenker hat dann also nur den Anspruch auf Erfüllung.

45) Vgl. auch oben Ziff. 3 am Ende.

46) Solange sie noch möglich ist, wird sich der Schenker auf seinen blos bedingten Schenkungswillen zum Zwecke der Rückforderung nicht berufen können. Man wird ihm entgegenhalten, daß er seinen Willen auf andere Art zur Geltung bringen könne.

47) Ja durch besondere Abrede kann das Rückforderungsrecht des Schenkers bei Nichterfüllung der Auflage sogar der übrigen hier erwähnten Beschränkungen entkleidet werden. Arg. § 346 BGB.

§ 233.

D. Anfechtung 2c., Rückforderung und Widerruf von Schenkungen.

Die durch die Schenkung bewirkte Vermögensveränderung ist, weil sie eines wirthschaftlichen Grundes entbehrt[1]), nicht so beständig wie eine solche aus anderen Geschäften. Dritte Personen sind unter Umständen erheblich interessirt, daß nicht Vermögenswerthe, namentlich solche von größerem Umfang, ohne entsprechenden Gegenwerth aus dem Vermögen eines Anderen (z. B. ihres Schuldners oder Erblassers) gelangen; ja der Schenker selbst hat in gewissen Fällen ein Reuerecht[2]).

I. Mit Rücksicht hierauf haben unsere Gesetze eine besondere Art von Schenkungen ausgezeichnet, deren Wirksamkeit durch die in Rede stehenden Momente nicht in Frage gestellt werden kann[3]). Schenkungen, durch welche dem Gebote einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[4]), sind den in Rede stehenden Beschränkungen nicht unterworfen[5]). Vgl. §§ 534, 2330 BGB.[6]).

II. Im Uebrigen besteht gegen (gewöhnliche) Schenkungen

A. Ein erweitertes Anfechtungsrecht Dritter, nämlich der Gläubiger des Schenkers gegen die sie verkürzenden Verfügungen[7]). Ferner besteht ein Anspruch der Vertragserben auf Herausgabe von Geschenken,

---

1) Vgl. Bd. I § 74 zu Note 26.

2) Ueber das oben § 232 Ziff. 4 Gesagte hinaus (also bei gewöhnlichen Schenkungen).

3) Der Gedanke hat sich im Lauf der Zeit in immer festerer Gestalt entwickelt. Schon das röm. Recht schloß den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks dann aus, wenn die Schenkung für Rettung aus Lebensgefahr erfolgt war (vgl. l. 34 § 1 Dig. de don. 39, 5). Es handelte sich nur um richtige Erweiterung des Gesichtspunkts.

4) S. o. § 140 Ziff. III. Die §§ 32 Ziff. 1 KO. u. § 3 Ziff. 3 AnfechtungsG. v. 21. Juli 1879 reden von gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken.

5) S. auch oben § 230 Note 34.

6) Auch der § 2287 BGB. wird auf Schenkungen dieser Art nicht zutreffen. — Darüber hinaus beziehen sich auch zahlreiche Schenkungsverbote 2c. nicht auf diese Art von Schenkungen. S. z. B. §§ 1446, 1641, 1804, 2113 Abs. 2, 2205 BGB. Davon kann erst an den entsprechenden Stellen des Systems die Rede sein.

7) S. §§ 32 KO. und § 3 Ziff. 3 u. 4 AnfechtungsG. v. 21. Juli 1879. Dort ist allgemein von unentgeltlichen Verfügungen die Rede. S. darüber oben §§ 184 ff. insbes. § 185 Ziff. 3. Die Schenkungsanfechtung bildet den Hauptfall.

die der Erblasser zur Beeinträchtigung ihrer Rechte gemacht hat[8]), und der Pflichttheilsberechtigten auf Ergänzung ihres Pflichttheils[9]).

B. Näher einzugehen ist hier auf die Fälle, in denen der Schenker selbst die Zuwendung wieder zurückziehen kann. Das Gesetz unterscheidet in dieser Hinsicht ein Rückforderungsrecht und den Schenkungswiderruf.

1. Ein allgemeines Rückforderungsrecht des Geleisteten[10]) gibt das Gesetz wegen eintretender Verarmung des Schenkers[11]). §§ 528, 529 BGB. Der Anspruch ist eine Ausweitung der Rechtswohlthat des Nothbedarfs[12]).

a) Voraussetzung ist, daß der Schenker nach Vollziehung der Schenkung[13]) außer Stande ist, entweder

α. seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten[14]) oder

β. die seinen Verwandten resp. seinem jetzigen oder früheren Ehegatten gegenüber bestehenden gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen[15]).

b) Der Anspruch geht auf Herausgabe des ganzen Geschenks, nicht blos auf das zur Deckung der erwähnten Verbindlichkeiten Erforderliche. Anderseits besteht die Herausgabepflicht nur nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, geht also nicht über das Maß des Vorhandenen hinaus[16]).

Früher Beschenkte haften nur soweit, als ein später Beschenkter nicht verpflichtet ist[17]).

---

8) Nach § 2287 BGB. Von diesem und dem folgenden Fall ist erst im Erbrecht zu handeln.

9) Nach näherer Anleitung der §§ 2325 ff. BGB. (querella inofficiosae donationis).

10) Mag ein Handgeschenk vorliegen oder zum Zwecke der Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens geleistet sein.

11) Es muß thatsächlich geleistet sein. Gegenüber dem bloßen Schenkungsversprechen findet dieser Rechtsbehelf nicht statt, sondern die Einrede des § 519. S. o. § 231 Ziff. 4.

12) S. o. § 231 Note 13. An Stelle des im preuß. Recht entwickelten Unterhaltsanspruchs des Schenkers im Falle der Verarmung kann das Geschenk nach Anleitung des Textes zurückgefordert werden.

13) Keineswegs nothwendig durch dieselbe. Auch genügt es, daß das Unvermögen des Schenkers nach Vollzug der Schenkung vorhanden ist; es braucht nicht erst danach eingetreten zu sein.

14) Entsprechend oben § 231 Note 15.

15) Dies entspricht nicht dem Umfang der Einrede des Nothbedarfs (oben § 231 Note 16), sondern ist enger. In Betracht kommen §§ 1351, 1360 ff., 1578, 1583 (Ehegatten), §§ 1601 ff., 1699, 1705, 1719, 1736 ff., 1757 (Verwandte). Insbesondere das Verhältniß des unehelichen Vaters zu seinem Kinde wird (arg. § 1589 Abs. 2) nicht berücksichtigt.

16) Nach Anleitung der §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

17) Vgl. dazu entsprechend oben § 231 Note 21 ff.

c) Außerdem ist das Rückforderungsrecht in folgenden Beziehungen abgeschwächt:

α. Der Beschenkte kann es abwenden durch Leistung des Betrages, der für den Unterhalt des Schenkers oder der anderen unter a genannten Personen erforderlich ist[18]). Dies ist durch Zahlung einer Rente[19]) an den Unterhaltsberechtigten nach den Regeln der Leibrente (§ 760) zu bewerkstelligen[20]). Im Uebrigen ist der Betrag nach den standesmäßigen Bedürfnissen des Schenkers resp. der betreffenden Angehörigen zu bemessen[21]). Die Rente erlischt mit dem Tode des Schenkers[22]). Hat der Beschenkte sich einmal für die Rentenzahlung entschieden, so wird er nicht dadurch befreit, daß die von ihm gezahlten Rentenbeträge schließlich das Schenkungskapital erreichen oder übersteigen[23]). § 528 Abs. 1 i. f.

β. Das Rückforderungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit[24]) herbeigeführt hat. Außerdem erlischt es, wenn die Verarmung erst 10 Jahre nach Leistung des geschenkten Gegenstandes eingetreten ist[25]). § 529 Abs. 1.

γ. Schließlich hat auch der Beschenkte gegen die Rückgabe des Geschenks die Einrede des Nothbedarfs, ganz ebenso wie sie der Schenker aus dem Schenkungsversprechen wider den Beschenkten hat[26]). § 529 Abs. 2. Auch der übernommenen Rentenverpflichtung (α) des Beschenkten gegenüber wird die Einrede zuzulassen sein.

---

18) Der Beschenkte hat in dieser Hinsicht eine sog. Alternativbefugniß. S. o. § 153 Note 13 ff.

19) Mit Recht betont Oertmann § 528 Note 3 gegen Planck, daß der Schlußsatz des § 528 Abs. 1 sich nur auf den 2. Satz (das hier in Rede stehende Abwendungsrecht des Beschenkten) bezieht. Der Wortlaut „auf die Verpflichtung des Beschenkten" ist ungenau. Die Anwendung auf den 1. Satz würde zu Absurditäten führen.

20) D. h. die einzelnen Unterhaltsbeträge sind vom Beschenkten vierteljährlich praenumerando zu entrichten. Der einzelne Quartalsbetrag ist verfallen, wenn der Berechtigte den Beginn des Quartals erlebt hat.

21) Arg. oben lit. a.

22) Soweit es sich nicht um Rückstände handelt, auf die der Bezugsberechtigte sein Recht noch nicht verloren hat (letzteres ist mangels rechtzeitiger Geltendmachung regelmäßig der Fall: denn nemo vivit in praeteritum!). S. §§ 1613, 1615 BGB., worauf in § 528 Abs. 1 i. f. verwiesen wird. — Irrig nimmt Planck an, daß die Unterhaltspflicht auch mit dem Tode des Beschenkten erlösche. Nur für den Fall des Todes des Schenkers enthält § 528 die Verweisung. Zustimmend die meisten Schriftsteller.

23) Die getroffene Wahl ist bindend. Die Befugniß hat einen aleatorischen Charakter. S. auch Oertmann § 528 i. f.

24) Z. B. Verschwendung, wilde Börsenspekulationen u. dgl.

25) Seit der effektiven Leistung. S. o. Note 11. Es genügt, daß der

d) Das Rückforderungsrecht ist ein höchstpersönliches Recht des Schenkers. Es erlischt also mit dessen Tode, und kann nicht einmal von seinen Angehörigen geltend gemacht werden, wenn auch der Schenker sie zu unterhalten hat[27]). Nur wenn der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder vom Schenker rechtshängig gemacht war[28]), verliert er diese Eigenthümlichkeit und ist wie andere Ansprüche übertragbar und pfändbar. S. § 400 BGB., § 852 CPO. Ein im Voraus (z. B. bei der Schenkung selbst) erklärter Verzicht auf das Rückforderungsrecht ist wirkungslos[29]).

2. Der Schenker kann die Schenkung widerrufen[30]), wenn der Beschenkte sich durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker selbst oder einen nahen Angehörigen desselben des groben Undanks schuldig macht. §§ 530 ff. BGB. Das Widerrufsrecht besteht auch gegenüber dem bloßen Schenkungsversprechen[31]). Von welcher Art die Verfehlungen sein müssen, um als Ausdruck groben Undanks zu erscheinen, sagt das Gesetz nicht; es überläßt die Beurtheilung dem freien richterlichen Ermessen[32]). So auch in Ansehung des Kreises der „nahen Angehörigen"[33]). § 530 Abs. 1.

Rückforderungsanspruch (gestützt auf die Verarmung) erst 10 Jahre nach dieser Zeit erhoben wird.

26) S. o. § 231 Ziff. 4. Bei gleicher Nothlage geht der durch den Willen des Schenkers herbeigeführte Besitzzustand vor. Die Rechtsordnung hat kein Interesse daran, denselben zu ändern, um einen Anderen in dieselbe Nothlage zu stürzen. — Daß auch hier lediglich eine Einrede gegeben sei, kann aus inneren Gründen nicht zweifelhaft sein. Ebenso Oertmann § 529 i. f.

27) (S. o. lit. a). Diese Verwandten 2c. können den Schenker nicht zwingen, sich durch Rückforderung des Geschenks die Mittel zur Alimentation zu verschaffen. Sie können nicht einmal den Anspruch ihres Schuldners pfänden und sich überweisen lassen. § 852 Abs. 2 CPO. (eine Bestimmung, die Dernburg § 208 Note 8 übersieht).

28) S. o. Bd. I § 129. Wenn (römisch gesprochen) die actio coepta und praeparata erat.

29) So mit Recht Dernburg § 208 Ziff. V. Nicht blos im Interesse des Schenkers selbst, sondern auch seiner genannten Angehörigen, überhaupt im öffentlichen sozialen Interesse ist das Rückforderungsrecht gegeben.

30) Vgl. Pollack, Der Schenkungswiderruf (1886). — Zahlreiche ehemalige Widerrufsgründe der Schenkung sind beseitigt. Soweit sie auf mangelnder Ueberlegung beruhen, soll der Schenker sich vorher bedenken. Beseitigt ist daher z. B. das gemeinrechtliche Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder (s. auch Code Nap. Art. 960); ebenso das des Preuß. Allgemeinen Landrechts wegen Uebermaßes (bei mehr als der Hälfte des Vermögens), und allgemein binnen 6 Monaten, wenn die Schenkung außergerichtlich formlos vollzogen war. Soweit die Unüberlegtheit soziale Gefahren mit sich bringt, ist durch das Ziff. 1 genannte Rückforderungsrecht wegen Verarmung Vorsorge getroffen. — Ein Widerrufsrecht von Schenkungen an den schuldigen Ehegatten nach der Scheidung (§ 1584 BGB.) ist im Eherecht zu besprechen.

31) Im Gegensatz zu Ziff. 1.

32) Die früheren Rechte (l. 10 Cod. de revoc. don. 8, 56; Preuß. A.LR. I

a) Das Widerrufsrecht ist ein besonderes Recht des Schenkers, verwandt dem Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung einer Auflage[34]). Es wird geltend gemacht durch Widerrufserklärung an den Beschenkten[35]). § 531 Abs. 1. Das Recht kann auch für sich verloren gehen, so

α. durch Verzeihung. § 532 BGB. Diese ist Handlung[36]) — aber nicht nothwendig Rechtsgeschäft des Schenkers. Es genügt ein Verhalten des Schenkers, in welchem der Wille, über das Geschehene hinwegzusehen, liegt[37]); es ist nicht erforderlich, daß der Schenker die Verzeihungsabsicht zum Ausdruck bringen (überhaupt disponiren) wollte. Die Entscheidung, ob Verzeihung vorliegt, ist vom Gericht nach freiem Ermessen zu treffen[38]).

β. Das Widerrufsrecht ist an eine Ausschlußfrist von einem Jahre seit Kenntniß der Widerrufsvoraussetzungen (also regelmäßig des vor a geschilderten Vorgangs) geknüpft[39]). Auch erlischt es

γ. durch den Tod des Beschenkten. § 532. Eine Dankespflicht seiner Erben wird von Rechtswegen nicht anerkannt.

Tit. 11 §§ 1151 ff.; Code Nap. Art. 953 ff. 2c.) führten die Verfehlungsfälle meist einzeln an. Die meisten, z. B. schwere Beleidigung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, vorsätzliche Lebens- und erhebliche Vermögensgefährdung, werden auch heute noch in Betracht kommen. Sie sollen nur nicht ausnahmslos und auch nicht ausschließlich sein. Hinzutreten kann z. B. unlauterer Wettbewerb, Denunziationen, grundlose Entmündigungsanträge. — Vorsatz ist nicht stets erforderlich, damit Undank angenommen werden kann; auch nicht unbedingt eine unerlaubte Handlung.

33) Auch hier kommt es mehr auf den Grad des verwandtschaftlichen Gefühls, als auf Gradesnähe an (s. z. B. Bd. I § 45 Ziff. 4 bes. lit. b.). Anhalt bietet § 52 Abs. 2 StGB. Aber auch die persönliche Beziehung des Schenkers zum Verletzten kommt wesentlich in Betracht. Denn es fragt sich, ob durch die That gegen den Schenker grober Undank verübt ist.

34) S. o. § 232 Ziff. 4. — Es ist also kein Anspruch, wie die Rückforderung Ziff. 1.

35) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88. Im Uebrigen formlos. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 216 ff. Die Formvorschriften der älteren Rechte sind beseitigt.

36) S. o. Bd. I § 72. Ein Wahnsinniger kann daher nicht verzeihen. — Anfechtung der Verzeihung wegen Irrthums, Betrug und Zwang ist (arg. § 72 Note 5) selbst dann zulässig, wenn keine eigentliche Willenserklärung vorlag.

37) Z. B. Wiederaufnahme des persönlichen Verkehrs mit dem Beschenkten; ja selbst Handlungen gegenüber dritten Personen (z. B. der Schenker empfiehlt den Beschenkten für eine Stellung u. dgl.). — Mehr in den Worten als in der Sache abweichend Dernburg § 209 zu Note 12.

38) Uebrigens schließt die Verzeihung in diesem Sinne nur das Widerrufsrecht aus. War der Widerruf bereits erklärt, so kann nach allgemeinen Grundsätzen nur noch Erlaß der Rückforderung (lit. c) in Frage kommen, der selbstverständlich Rechtsgeschäft ist. S. o. § 195.

39) Soweit die Erben des Schenkers widerrufen können, treten die unter lit. b besprochenen besonderen Voraussetzungen hinzu. — Besondere Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Frist sind nicht aufgestellt. Ist der Widerruf erklärt, so verjährt die condictio (lit. c) nach den allgemeinen Vorschriften.

δ. Selbstverständlich kann der Schenker auf das Widerrufsrecht der Schenkung wie auf andere Rechte verzichten. Dies ist Rechtsgeschäft[40]) — verschieden von der Verzeihung[41]) und nicht nothwendig damit verbunden. Der Verzicht kann auch von Vertretern und den Erben des Schenkers erklärt werden. Der Verzicht ist wirkungslos, wenn er vor Kenntniß des Undanks erklärt wurde[42]). § 533.

b) Das Widerrufsrecht ist ein höchstpersönliches Recht des Schenkers. Es ist also unvererblich und unübertragbar[43]). Jedoch haben die Erben des Schenkers ein selbständiges Widerrufsrecht, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig[44]) getödtet oder am Widerruf gehindert hatte[45]). § 530 Abs. 2. Dasselbe Widerrufsrecht steht auch den Erbeserben zu[46]).

c) Durch die Erklärung des Widerrufs fällt die Schenkung zusammen. Die schenkweise erfolgte Zuwendung wird grundlos[47]). Es erwächst also aus dem Widerruf ein Rückforderungsanspruch des Geleisteten[48]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[49]). § 531 Abs. 2. Eine stärkere Haftung wäre zu hart, da der Beschenkte doch zunächst auf ein Behalten des Geschenks rechnen durfte[50]). Der Herausgabeanspruch ist (als gewöhnliches Forderungsrecht) vererblich und übertragbar.

---

40) S. o. Bd. I § 74 Note 19. Der Verzicht ist mit dem Erlaß der condictio (oben Note 38 nicht zu verwechseln. — Das Widerrufsrecht ist kein Anspruch: der Verzicht kann einseitig erklärt werden.

41) Die nicht Rechtsgeschäft zu sein braucht. S. o. lit. α. So stehen 3 Möglichkeiten nebeneinander!

42) Namentlich wenn er sofort mit der Schenkung verbunden wird. S. o. Note 29.

43) Auch hier ist nur das Widerrufsrecht, nicht die aus dem erklärten Widerruf entspringende condictio (s. u. lit. c) gemeint. Letztere ist ein gewöhnliches Forderungsrecht auf Rückgabe (§ 531 Abs. 2 BGB.) und als solches übertragbar und vererblich. S. auch Dernburg § 209 Note 9.

44) Also nicht, wenn die oben Bd. I § 107 Ziff. 3 genannten Fälle vorliegen.

45) Indem er die Widerrufserklärung (oben Note 35) hintertrieb oder vor dem Eingang auffangen und vernichten ließ ꝛc.

46) Das Widerrufsrecht der Erben (im Gegensatz zu dem des Schenkers) ist vererblich. Z. B. wenn der Widerrufsgrund dem Erben nicht bekannt war, vielmehr erst dem Erbeserben bekannt wurde.

47) S. o. § 230 und die dortigen Ausführungen über Zuwendung und causa donandi.

48) Rückgabe, Rückauflassung, Rückabtretung der übertragenen Forderungen ꝛc.

49) Also nach Anleitung der §§ 818ff. BGB. S. u. §§ 317ff. Entsprechend oben Note 16.

50) Nach Kenntniß der Widerrufserklärung haftet er (arg. § 819 Abs. 1) nach den gewöhnlichen Vorschriften.

d) Mehrere Schenker haben das Widerrufsrecht jeder perſönlich[51]) und für ſeinen Antheil[52]). Mehrere Erben des Schenkers dagegen können nur gemeinſchaftlich widerrufen[53]). — Waren Mehrere beſchenkt, ſo geht der Widerruf nur gegen den Undankbaren; waren Mehrere undankbar, gegen Alle oder Einen von ihnen nach Wahl des Widerrufsberechtigten. Doch kann von Jedem nur deſſen Antheil zurückverlangt werden. Iſt das Geſchenk untheilbar, ſo iſt der Widerruf nur bei Undankbarkeit Aller auszuüben.

Zweites Kapitel.

Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung.

I. Miethe und Pacht *.

A. Ueberſicht dieſer Geſchäfte. Begriff und Abſchluß.

§ 234.

Im Gegenſatz zu den auf Veräußerung und ſonſtige Zuwendung von Gütern (mit oder ohne Entgelt) gerichteten Geſchäften[1]) ſtehen diejenigen, die es mit Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung zu thun haben. Gegenſtand des Vertrags iſt dieſe Ueberlaſſung: ſie wird der einen Partei von der anderen und zwar auf Zeit zugeſtanden[2]). Daraus ergibt ſich regelmäßig bei dieſen Geſchäften eine

51) Das Widerrufsrecht iſt nicht untheilbar wie ein bedungenes Rücktrittsrecht (§ 356 BGB.).

52) Jeder hat den Rückforderungsanſpruch nur für die entſprechende Quote der geſchenkten Gegenſtände. Iſt der Gegenſtand untheilbar, ſo will Dernburg a. a. O. eine Forderung Jedes auf Leiſtung an Alle zulaſſen (arg. § 432).

53) Dies folgt aus dem Prinzip der Erbengemeinſchaft (vgl. § 2040 BGB.). Vgl. Entſch. d. RG. Bd. 34 S. 205 i. f.

*) Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht (1897); Vogel, Die Miethe von Wohnungen ꝛc. (1897); Fuld, Das Miethrecht (1898); Borcherdt, Das Miethsrecht (1899); Arnold, Die Wohnungsmiethe (1899); Brückner, Miethe von Wohnungen (1900); Mittelſtein, Die Miethe (1900); Niendorff, Miethrecht, u. A. Manche dieſer Schriften ſind populär gehalten. — Schollmeyer § 5; Dernburg §§ 215 ff.; Endemann I §§ 167 ff.; Coſack §§ 134 ff., 243, 247; Mathiaß I §§ 113 ff.; Enneccerus I §§ 260 ff. Spezziallitteratur an den einſchlägigen Stellen.

1) S. o. das I. Kapitel.

2) Bei Sachen regelmäßig mit dem Beſitz der Sache. — Eine Veränderung der Eigenthumszuſtändigkeit oder ſonſtigen Vollherrſchaft über das Gut, an welchem die Nutzung gewährt wird, bezweckt der Vertrag nicht. Non solet locatio dominium mutare. S. l. 39 Dig. locati 19, 2. Hierin liegt das Unterſcheidungskriterium z. B. vom Kauf. Iſt zur Nutzung überlaſſen, ſo iſt die Nutzung Vertragsgegenſtand (die Früchte, die der Pächter zieht, ſind nur das Reſultat der Nutzung). Der Vertrag gehört hierher. Anders wenn die Früchte (als künftige Sachen) verkauft ſind.

entsprechende Rückgabepflicht des Empfängers[3]). Die Nutzungsgewährung ist nicht auf Begründung dauernder Zustände gerichtet[4]): es ist daher Vorsorge getroffen, daß sie auch intensiv ein gewisses Maß nicht überschreitet[5]).

Auch diese Geschäfte können entgeltlich oder unentgeltlich geschlossen werden. Im ersteren Fall wird das Nutzungsrecht gegen einen Preis überlassen. Von dieser Art sind Miethe und Pacht (dieselben sind Umsatzgeschäfte über die Nutzung). Das unentgeltliche Gebrauchsüberlassungsgeschäft ist die Leihe[6]).

1. Durch den Miethvertrag verpflichten sich die Parteien zum Austausch des Gebrauchs[7]) von Sachen gegen Entgelt. § 535 BGB. Die Pacht ist dem Charakter nach nur eine Miethe: blos ist der Inhalt der dem Pächter gewährten Befugnisse ein weiterer. Die Pacht geht nicht blos auf die Ueberlassung des Gebrauchs, sondern der gesammten Nutzung (Gebrauch und Fruchtgenuß) des Pacht-

---

3) Z. B. auf Rückgabe des Besitzes der in Gebrauch genommenen Sache ꝛc. und selbstverständlich in gehörigem Zustande.

4) Entsprechend dem allgemeinen Wesen der Schuldverhältnisse. S. o. § 138 bes. Ziff. 3.

5) Miethe und Pacht ꝛc. sind daher Schuldverhältnisse, keine dinglichen Rechte. Sie erzeugen keinerlei dingliche Herrschaftsbefugnisse an der Sache selbst, auf die sie sich beziehen. Den ausführlichen Nachweis s. bei Crome, Die jur. Natur der Miethe in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 37 S. 1. Meine dortigen Ausführungen hat Niemand, auch Cosack § 243 V nicht, zu widerlegen vermocht. Wenn er mir bei Betonung des großen Kontrastes zwischen Miethe und Reallast Nichtbeachtung des § 1108 BGB. vorwirft, so wird durch die inhaltlich beschränkte persönliche Verpflichtung dieses § der Kontrast nicht weggeschafft. Die Vorschrift durfte bei meiner Darstellung außer Betracht bleiben. S. o. § 138 Note 24. Eine ängstlich pedantische Schreibart, die jedem möglichen Einwurf vorbeugt, liegt mir fern. Zustimmend Dernburg § 215 Note 18, Oertmann, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 326 und alle anderen namhaften Autoren. S. noch unten § 242 Note 16 ff.

6) Die Römer stellten Miethe und Pacht nicht mit der Leihe (die ihnen ein Realkontrakt war), sondern mit den Lohnverträgen (s. u. § 252 Note 3) zusammen. Wie man im ersteren Falle den Gebrauch von Gegenständen miethete, so miethete man hier die Arbeitskraft eines anderen Menschen. Die locatio-conductio operarum und operis entsprach der locatio-conductio rei. Die zunehmende wirthschaftliche, politische und ethische Bedeutung der Arbeit in heutiger Zeit, auch wenn die Arbeit gegen Entgelt geleistet wird, läßt eine Parallele mit der Sachmiethe nicht aufkommen. Der Gegenwart war es vorbehalten, die Arbeitsverträge — in Verbindung mit der Arbeiterschutzgesetzgebung — zu voller rechtlicher Entwickelung zu bringen. S. Burckhard, Geschichte der locatio-conductio (1889); W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (Sonderabdr. a. d. Jahrb. f. Nationalökonomie u. Statistik 1896) bes. S. 90, u. unten das IV. Kapitel.

7) Soll der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch ein unsittlicher sein (was z. B. in der Preisbestimmung u. dgl. hervortritt), so ist das Geschäft nach allgemeinen Grundsätzen nichtig. S. § 138 BGB. Vgl. auch Entsch d. RG. Bd. 38 S. 199. Ebenso beim sog. Wohnungswucher. S. o. Bd. I § 85.

objektes[8]), soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag des Pachtobjektes anzusehen sind[9]). Auch können in dieser Weise nicht blos Sachen, sondern einkommensfähige Gegenstände aller Art (Sachen, Rechte) zur Nutzung überlassen werden[10]). Daraus ergeben sich denn auch hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien einige Abweichungen. Im Uebrigen gelten die Regeln der Miethe. § 581[11]).

2. Miethe und Pacht sind danach gegenseitige Verträge, auf die als solche die Regeln oben §§ 168 ff. Anwendung finden[12]). Doch hat der Vermiether und Verpächter regelmäßig vorzuleisten. §§ 551, 581 BGB.

3. Zum Abschluß des Vertrages ist regelmäßig nur die erklärte Willensübereinstimmung der Parteien über den zu überlassenden Gebrauch bezw. die Nutzung und den Entgelt erforderlich. Es muß also feststehen, daß, was und wofür vermiethet oder verpachtet worden ist[13]). Alles etwa sonst noch Verabredete sind Nebenbestimmungen, welche das Wesen des Vertrages nicht berühren, obschon sie im Einzelfall natürlich eine große Rolle spielen können[14]).

Die Erklärungen über den Vertragsabschluß können formlos geschehen[15]). Nur der Vertrag über ein Grundstück, über Wohn-

---

8) S. § 100 BGB. u. oben Bd. I § 69 Ziff. 7.

9) S. dazu Bd. I § 69 zu Note 8.

10) Beispiele: vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 4, Bd. 27 S. 279. ꝛc. — Die vom Pächter zu gewinnenden Früchte können danach Sach- und Rechtsfrüchte sein. Vgl. o. § 69 Ziff. 4.

11) In dieser Weise hat unser Gesetz zwischen dem röm. und deutschen Rechte vermittelt, von denen das erstere Miethe und Pacht kaum unterschied, das letztere sie wie zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute behandelte. Das geht aber jedenfalls zu weit. Der einheitliche Grundcharakter zeigt sich deutlich darin, daß in gewissen Fällen kaum mit Sicherheit zu sagen ist, ob Pacht oder Miethe vorliegt: z. B. wenn Haus nnd Hof mit umliegenden Ländereien als zusammengehörig zur Benutzung überlassen sind. Es wird darauf ankommen, was in concreto als die Hauptsache erscheint.

12) Von einer besonderen Gefahrtragung ist danach nicht die Rede (was man mißverständlich auch so ausdrückt: periculum est locatoris).

13) Für die Frage, ob Miethe oder Pacht vorliegt, ist der Wortlaut des Vertrages nicht entscheidend, sondern der Sinn: ob blos Gebrauch oder auch Fruchtgenuß überlassen ist. Beispiele bei Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 124 ff. S. auch oben Note 11. — Aber auch wenn Fruchtgenuß nur nebenbei gewährt ist, z. B. hinsichtlich des Gartens des gemietheten Wohnhauses, werden wir die Pachtregeln von der ordnungsmäßigen Wirthschaft (§§ 581—583 BGB.) u. dgl. doch darauf anwenden. Aus etwaigen Zweifeln der Grenzbestimmung werden sich daher praktisch kaum Unzuträglichkeiten ergeben.

14) Vgl. o. Bd. I §§ 77, 96. Von diesem und anderem Detail des Vertragsabschlusses s. noch unten Ziff. 6.

15) Unter Umständen ohne jede wörtliche Erklärung. Z. B. Beziehen des Zimmers im Gasthofe, Besteigen des Reitpferds am Fuße des Berges u. dgl.

räume und andere Räume[16]) für längere Zeit als ein Jahr bedarf der schriftlichen Beurkundung[17]). §§ 566, 580 BGB. Doch hat die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge[18]), sondern nur in Ansehung der verabredeten Zeit: sodaß der Vertrag für die Zeit nach Ablauf des ersten Jahres[19]) keine bestimmte Dauer mehr hat, also wie ein solcher ohne verabredete Zeitdauer gekündigt werden kann[20]).

4. Gegenstand von Miethe und Pacht können Sachen aller Art sein, bewegliche wie unbewegliche, soweit sie im Verkehr stehen oder die Gebrauchsüberlassung rc. sich mit der öffentlichen Bestimmung der Sache verträgt[21]); — verbrauchbare Sachen, soweit sie durch den Gebrauch nicht verbraucht werden[22]). Als Gegenstand der Pacht muß die Sache dazu nutzbar, also zum Fruchtgenuß geeignet sein[23]). Regelmäßig bezieht sich die Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung auf individuell bestimmte Sachen[24]), doch kann das Zubehör als solches wechseln[25]). Auch Miethe und Pacht an Sachgesammtheiten ist möglich.

Die Miethe und Pacht von Grundstücken ist vielfach vor der an beweglichen Sachen ausgezeichnet[26]). Die betreffenden Vorschriften[27])

---

16) Zum Benutzen des Raumes, nicht blos der Wände (Anbringen von Plakaten u. dgl.).

17) Dies ist neues Recht, selbst gegenüber dem System des Preuß. Allgemeinen Landrechts, welches Schriftform verlangte, wenn der Jahresmiethzins mehr als 150 Mark betrug (ohne Rücksicht auf Objekt und Dauer der Miethe). — Sind nicht alle Essentialien beurkundet, so kann der Vertrag nur als ein mündlicher in Betracht kommen. S. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 256.

18) Wie sonst bei Formmängeln. S. § 125 BGB. Ueber mündliche Nebenabreden s. Mittelstein S. 71 ff.

19) Für welches der Vertrag auch formlos hätte geschlossen werden können. Daher die Abweichung von § 125 BGB., dessen unveränderte Anwendung auch hier zu hart wäre.

20) Also für die spätere Zeit (nach Ablauf des 1. Jahres) ist Kündigung gemäß §§ 564 Abs. 2, 565 resp. bei der Pacht nach § 595 BGB. zulässig. S. u. § 245 Ziff. III. — Nebenberedungen (z. B. über Instandsetzung des Miethund Pachtobjekts) werden durch die Nichtigkeit der Zeitbestimmung unter Umständen in Mitleidenschaft gezogen, insofern sie abgesehen von der Zeitdauer des Vertrages nicht getroffen worden wären.

21) S. o. Bd. I §§ 65 ff., insbesondere § 67 Note 6, z. B. über Miethe und Pacht von Badeplätzen, Marktständen u. s. w.

22) Z. B. zum Ausstellen (ad pompam) u. dgl. S. auch Dernburg § 215 Ziff. II.

23) Z. B. eine Milchkuh — ein zur Ackerwirthschaft dienendes Grundstück.

24) Also z. B. nicht auf Geld. Auf Gattungssachen regelmäßig nur als einzelne.

25) Z. B. bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar. S. §§ 586 ff. BGB.

26) So z. B. in §§ 544, 551 Abs. 2, 556 Abs. 2, 559 ff., 565, 566 (s. schon oben zu Note 16 ff.), 571 ff., 582 ff., 586 ff., 590, 591 ff., 595 BGB.

27) Selbstverständlich nur soweit sie passen. Abgesehen davon aber ist § 580 laut § 581 Abs. 2 auch auf die Pacht anwendbar.

beziehen sich auch auf Wohnräume und sonstige Räume, z. B. in Schiffen[28]).

Dazu treten dann bei der Pacht unkörperliche Gegenstände aller Art, soweit sie nutzbar oder einkommensfähig sind; vor Allem Rechte, z. B. die Bergwerksberechtigung, Jagd- und Fischereirechte, Immaterialgüterrechte (Urheber-, Patentrecht), ganze Gewerbeberechtigungen[29]) u. dgl.

a) Fremde Gegenstände können vermiethet oder verpachtet werden[30]). Wer in Folge des Rechtsmangels Gebrauch und Nutzung nicht gewähren kann, wird seinem Gegner auf Gewährleistung verantwortlich[31]); der Vertrag ist gültig. Es ist sogar sehr häufig, daß Nichteigenthümer zc. als solche vermiethen oder verpachten, z. B. Nießbraucher[32]), oder der Miether und Pächter selbst[33]). Der Miether übt hier das eigene Recht aus, indem er den Gegenstand desselben von einem Anderen gebrauchen oder nutzen läßt[34]).

Dagegen kann man seine eigene Sache nur dann miethen oder pachten, wenn man aus anderen Gründen den Gebrauch oder die Nutzung des Gegenstandes verloren hat und sie sich durch die Miethe zc. wiederverschafft[35]). Andernfalls entbehrt das Geschäft des Inhalts resp. jedes Interesses[36]).

b) Existirt der Gegenstand bei Abschluß des Vertrages nicht oder geht er später zu Grunde, so gelten die Regeln von der Un-

28) A. M. Dernburg § 215 Note 7, der die Anwendung auf Räume in Grundstücken beschränken will. Dies ist zu eng. — Freilich eine Schieblade oder ein Gefach in einem Schranke ist kein „Raum" im Rechtssinne. Eine verhältnißmäßige Größe und Bedeutung des Gelasses ist zu fordern. — Ferner s. o. Note 16 (die bloße Wand eines Raumes ist kein Raum).

29) Z. B. eine Apotheke, ein Theater, eine Gastwirthschaft, ja überhaupt ein Handelsgeschäft (s. § 22 Abs. 2 HGB.).

30) Sogut wie sie verkauft werden können. S. o. § 212 Ziff. 1a.

31) S. § 541 BGB. u. unten § 236.

32) Wenn der Nießbrauch im Lauf der Miethzeit endigt, so fällt das Miethobjekt an seinen Herrn zurück. Dies wird nach Art eines Verkaufs der Miethsache (§§ 571 ff. BGB.) behandelt, doch darf der Herr die Miethe nach § 1056 unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen. S. u. §§ 242 ff. und das Sachenrecht. (Aehnliche Fälle im Familien- u. Erbrecht. S. §§ 1423, 1663, 2135 BGB.)

33) Hier reden wir von Untermiethe.

34) S. §§ 549, 596 Abs. 1 BGB. Das Recht des Dritten geht hier nicht weiter als das des ersten Miethers oder Pächters. Erlischt dessen Recht, so muß der Untermiether zc. das Objekt herausgeben und kann vom Herrn auch direkt dazu angehalten werden. S. § 556 Abs. 3.

35) Z. B. der Gegenstand befindet sich im Nießbrauch dritter Personen.

36) Der Vertrag wäre ungültig. Arg. § 306 BGB. S. schon l. 21 Dig. de usurp. 41, 3; l. 45 pr. Dig. de R. J. 50, 17. Theilweise a. M. Hellmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 434 ff.

möglichkeit der Leistung in gegenseitigen Verträgen[37]). Erwirbt der Miether 2c. den Gegenstand im Lauf der Miethzeit, so verliert das Geschäft seinen Inhalt[38]).

Künftige Sachen können für die Zeit nach ihrer Entstehung vermiethet 2c. werden[39]), wie auch sonst der Vertrag die verschiedensten Bedingungen und Zeitbestimmungen verträgt.

5. Nothwendig ist, wie wir sahen, eine Einigung der Parteien über das Entgelt für Gebrauch und Nutzung (Miethzins, Pachtzins). § 535, 581 BGB.[40]). Der gesetzliche Ausdruck ist so farblos wie möglich. Der Zins braucht keineswegs in Geld zu bestehen[41]), wenngleich dies praktisch überwiegend der Fall ist. Der Mieth- oder Pachtzins kann in Naturalien, — in Uebereignung anderer Sachen[42]), in Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung von Gegenständen[43]), — ja selbst in Dienstleistungen des Miethers oder Pächters bestehen[44]), sofern letztere nur nicht inhaltlich derart überwiegen, daß sie dem Geschäfte seinen Typus geben[45]). Möglich sind schließlich auch gemischte Geschäfte in dem Sinne, daß Vermiether- und Dienstleistungen nach den Regeln beider Vertragsarten[46]), soweit sie im konkreten Falle miteinander vereinbar sind[47]), ausgetauscht werden.

---

37) S. o. §§ 166 Ziff. I, 168, 170 (§§ 306 ff., 323 ff. BGB.).

38) Es muß wegen Unmöglichkeit der Miethleistung zusammenfallen (§ 323 BGB.).

39) Z. B. ein Haus, das erst noch gebaut werden soll 2c.

40) S. o. vor Ziff. 1.

41) Wie überwiegend im röm. Recht. S. § 2 J. de loc. 3, 24. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 43 ff., 65 ff.

42) Z. B. der Miether einer Sommerwohnung zahlt mit einem bestimmten Quantum Viktualien aus seinem Landgute. Oder der Pächter zahlt mit einem bestimmten Quantum der gewonnenen Feldfrüchte. (Letztere müssen von durchschnittlicher Beschaffenheit sein. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 360). — Die Gegenleistung des Miethers braucht keine periodische zu sein. Vgl. Mittelstein S. 13.

43) Z. B. zwei Familien tauschen für eine Sommer- oder Wintersaison ihre Wohnungen aus.

44) Z. B. der Miether besorgt für den Vermiether allerlei Bestellungen oder gibt in seinen Freistunden dessen Sohn Nachhülfestunden. — Auch der Vermiether kann Nebenleistungen übernehmen, ohne daß man darum eine andere Vertragsart anzunehmen braucht: die bloße Nebenleistung bestimmt nicht den Geschäftstypus. Z. B. der Miether erhält Morgens Kaffe. S. dazu noch Riezler, Werkvertrag (1900) S. 49 ff.

45) Z. B. wenn Jemand bei Gewährung von Kost und Logis als Diener, Portier oder Laufbursche eintritt, ist der Vertrag nicht Wohnungsmiethe, sondern Dienstvertrag.

46) Entsprechend der oben § 229 Ziff. I i. f. beim Tausch besprochenen Rechtsgestaltung.

47) Z. B. die Zeitdauer der beiderseitigen Leistungen steht hier nach dem Inhalt des Vertrages in wechselseitiger Uebereinstimmung; es kann sich nicht jede Partei so verhalten, als wenn ihre Leistung die Hauptleistung (nicht blos Entgelt) wäre. Von den außerordentlichen Dienstkündigungsrechten kann sie daher

Die Höhe des Mieth- oder Pachtzinses braucht nicht von vornherein festzustehen; es genügt, daß sie bestimmbar ist[48]). Eine uralte Entgeltsform bei der Pacht ist, daß der Zins sich richtet nach dem Quantum der gewonnenen Früchte. Ein bestimmter Antheil des Fruchtertrags ist als Pachtzins zu leisten; so zahlt der Pächter viel oder wenig, je nachdem ihm die Pacht selbst Gewinn abwirft (Theilpacht)[49]). Die Theilpacht gehört unter die Kategorie der partiarischen Rechtsgeschäfte[50]) und ist namentlich auf dem Gebiet der Landwirthschaft ein regelmäßiges Auskunftsmittel schlechter Zeiten[51]).

6. Die Abmachungen der Parteien bei der Miethe und Pacht beschränken sich selten auf die Ziff. 3 genannten wesentlichen Punkte. Bei einem Verhältniß, das sich auf den persönlichen Gebrauch, die individuelle Behandlung eines Gutes zuspitzt, das hinterher dem Eigner „unversehrt" zurückgeliefert werden soll, — bei einem Vertrage, der vielfach eine intensive Berührung der Parteien (Zusammenwohnen u. dgl.) mit sich bringt, wird der gegenseitige Rechts- und Pflichtenkreis oft bis ins kleinste Detail abgegrenzt. Solche Klauseln sind zulässig, auch wenn sie die (weiter darzustellenden) gesetzlichen Bestimmungen des Mieth- und Pachtrechts modifiziren. Nur wenige der letzteren sind zwingendes Recht[52]). Dagegen geht es zu weit, wenn vielfach von Hausbesitzervereinen u. dgl. den Miethern Vertragsformulare zur Unterschrift auf-

---

entweder gar nicht Gebrauch machen, oder (soweit sie unverzichtbar sind) macht die Partei sich durch den Gebrauch unter Umständen dem Gegner wegen Entziehung der vertragsmäßigen Gegenleistung verantwortlich. Eventuell fällt der Vertrag nach § 323 BGB. zusammen.

48) S. o. § 146 unter eventueller Berücksichtigung sachverständigen Ermessens. — Ueber die Klausel der Vormiethe (analog dem Vorkauf, s. o. § 228) vgl. Bruck im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 33.

49) Schon die Römer gestatteten in diesem Falle einen Pachtzins, der nicht in Geld bestand. Näheres bei Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 37 ff. Heutzutage ist das Verhältniß nach §§ 535, 581 BGB. ohne Weiteres zuläßig und beschränkt sich nicht blos auf die Pacht. S. Crome a. a. O. S. 124. — Es ist sowohl von dem oben Note 42 geschilderten Verhältniß, wo eine pars quanta (nicht pars quota) fructuum zu leisten ist, als von einer Gesellschaft (s. u. §§ 280 ff.) der Betheiligten zu unterscheiden. S. über die letztere Unterscheidung ausführlich Crome a. a. O. S. 8 ff., 37 ff., 54 ff.

50) S. o. Bd. I § 76 Ziff. II.

51) So entschließt sich schon Plinius in seiner berühmten Epistola (IX, 37) beim Mangel eines kapitalkräftigen Pächterstandes zum „partibus locare". In Frankreich ist nach der großen landwirthschaftlichen Krise durch Gesetz vom 18. Juli 1889 die Theilpacht neu geordnet worden. Ueber die wirthschaftliche Bedeutung des Instituts s. Crome a. a. O. S. 58 ff. Näheres Detail daselbst S. 65 ff.

52) So die §§ 540, 541, 544 BGB.: das pactum de dolo non praestando ist auch hier nichtig. Ungesunde Wohnungen können unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen unter allen Umständen gekündigt werden.

gedrängt werden[53]), welche den Miether nahezu rechtlos stellen. Unsere Gerichte nehmen den zahllosen Klauseln dieser Verträge gegenüber, deren Tragweite der Miether bei der Unterschrift oft gar nicht übersieht und meistens nur nothgedrungen annimmt, bei Weitem noch nicht die souveräne Stellung ein[54]), zu der sie nach den herrschenden allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben, Verkehrs- und gute Sitten[55]) berechtigt sind[56]).

Auch die Statuten gewerbsmäßiger Verleihinstitute[57]), auf Grund deren gemiethet wird, begründen Vertragsklauseln in diesem Sinne[58]), und die Hausordnung des zahlreiche Familien beherbergenden Miethhauses, auf die in dem Miethvertrage Bezug genommen wird[59]).

B. Rechte und Pflichten der Parteien.

1. Bei der Miethe.

§ 235.

a) Gebrauchsgewährung.

Aus dem Miethvertrag entspringt vor Allem die Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether während der ganzen Miethzeit

---

53) Ueber die Bedeutung der in Aussicht genommenen Beurkundung des Vertrages s. § 154 Abs. 2 BGB. u. oben § 90 Ziff. I.

54) Weitere soziale Verbesserungen des Miethrechts werden heutzutage vielfach von Vereinen erstrebt.

55) So z. B. wenn, um den Miether zur Unterschrift des Formulars zu bewegen, gesagt worden ist, daß einzelne Klauseln „nur formale Bedeutung hätten", d. h. ihm gegenüber nicht angewendet werden würden. — Ist beurkundet, daß die Miethsache in tadellosem Zustand übergeben sei, so hat dies nur den Sinn, daß — von Irrthümern abgesehen — Beseitigung der wirklich vorhandenen Mängel nicht gefordert werden kann (nicht daß der Miether die Sache zu verbessern habe). (Daß der Miether bei der Rückgabe den Beweis führen muß, die Mängel seien schon bei Beginn der Miethzeit vorhanden gewesen, ergibt sich aus der vorbehaltlosen Annahme der Sache.) — Geht eine Klausel dahin, daß bei Verstößen gegen den Miethvertrag (von oft untergeordneter Natur) der Vertrag aufgehoben sei, so bedarf es zunächst (nach § 360 BGB.) einer Rücktrittserklärung (Kündigung) des Vermiethers. Daneben aber wird der Vertrag meist so auszulegen sein, daß nicht jeder, sondern nur schuldhafte Verstöße getroffen werden sollen.

56) Derartige Vertragsklauseln können in nicht höherem Grade absolute Geltung beanspruchen, als nach Bd. I § 13 die Rechtssätze überhaupt (s. insbesondere daselbst Ziff. 2b). S. ferner die Ausführungen § 36 Note 13 ff. über die allgemeine Doluseinrede, § 142 über die Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben u. dgl., soweit der Geschäftsinhalt nicht direkt unerlaubt ist. — Uebermäßige Vertragsstrafen unterliegen nach § 343 BGB. ohne Weiteres der Herabsetzung.

57) Z. B. von Reitinstituten zur Verleihung von Pferden, Leihbibliotheken u. dgl.

58) S. schon entsprechend oben § 212 zu Note 43.

59) Direkt oder indirekt z. B. durch die Ortssitte. Anderseits kann der Vermiether nicht durch willkürliche Aenderung der Hausordnung die Miether rechtlos stellen.

den vertragsmäßigen Gebrauch der vermietheten Sache zu gewähren[1]). § 535 BGB. Hierin kulminirt die gesammte Vermiethерleistung: aus ihr lassen sich zahlreiche Einzelverpflichtungen des Vermiethers und Rechte des Miethers ableiten.

I. Die Verpflichtung zur Gewährung des Gebrauches der vermietheten Sache ist keineswegs durch eine einmalige vorübergehende Handlung des Vermiethers zu erfüllen. Sondern sie besteht in der Herstellung eines während der ganzen Miethzeit andauernden Zustandes. Die Verpflichtung umfaßt

1. die Verpflichtung zur Ueberlassung der Sache an den Miether bei Beginn der Miethzeit in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand. § 536. Die Ueberlassung setzt eine Uebergabe der Sache nur dann voraus, wenn ohne diese der vertragsmäßige Gebrauch nicht gemacht werden kann, was allerdings meistens zutrifft[2]). In solchem Fall hat also der Miether Anspruch auf Besitz der Miethsache, und wird auch nach der Uebergabe als Besitzer anerkannt[3]).

2. Weiterhin hat der Vermiether dafür zu sorgen, daß der Miether die ganze Miethzeit hindurch den vertragsmäßigen Gebrauch von der Sache machen kann. Darin liegt

a) er hat die Sache während der Miethzeit in einem für den vertragsmäßigen Gebrauch[4]) geeigneten Zustand zu erhalten. § 536 i. f.[5]). Er hat also alle für diesen Gebrauch erforderlichen Ausbesserungen während der Miethzeit auf eigene Kosten zu bewirken. Jedoch nur im Rahmen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[6]). So in Ansehung von Kleinigkeiten[7]); so auch in Ansehung von

---

1) Welcher Gebrauch und welcher Umfang des Gebrauchs vermiethet ist, bestimmt sich nach der Auslegung des Vertrages. Regelmäßig ist der Gebrauch des Zubehörs der Sache dem Miether mit zu überlassen, unter Umständen übrigens nur zum Mitgebrauch (z. B. gemeinschaftliche Benutzung von Bodenräumen, Gärten, Höfen ꝛc., die zu mehreren Wohnungen gehören). S. o. Bd. I § 60 Ziff. 2. Ueber Telephonanschluß Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 212.

2) Aber keineswegs immer. Z. B. bei Ermiethung eines Klaviers im Institut zu bestimmten Stunden, Miethe einer Schlafstelle u. s. w.

3) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo Miether und Pächter ꝛc. nach Außen hin der Sache nicht mächtig waren und nur die sog. Detention hatten. Näheres darüber im Sachenrecht.

4) Darauf bezieht sich auch z. B. die geeignete Beleuchtung der Zugänge einer Wohnung (z. B. der Treppen in großen Miethhäusern ꝛc.). Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 226, Fuld S. 84; Fränkel S. 32.

5) Auf der Bestimmung des § 536 beruht prinzipiell auch die ganze Verpflichtung zur Gewährleistung des Vermiethers wegen Mängel der Sache. Doch ist letztere besonders geregelt. S. unten Ziff. II u. § 236.

6) S. o. § 142. Wobei auch auf die Ortssitte Rücksicht zu nehmen ist. S. die Note 4 cit. Entsch.

Unfällen, von denen man sagen muß, daß Jeder sie tragen muß. Dahin gehört z. B. völlige Zerstörung der Miethsache durch höhere Gewalt. Der Vermiether muß repariren, aber er braucht nicht wiederherzustellen![8])

b) Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether für den ruhigen Gebrauch der Sache zu stehen (arg. § 535). Er hat daher für seine Person Alles zu unterlassen, wodurch der Miether im Gebrauch der Sache gestört wird. Er darf z. B. die wirthschaftliche Bestimmung der Sache nicht verändern[9]), ebensowenig Reparaturen daran vornehmen, die den Gebrauch des Miethers stören und nicht von letzterem verlangt oder sonst dringend nothwendig sind[10]). Der Vermiether hat weiterhin dafür zu stehen, daß der Miether nicht von dritten Personen, die Rechte an der Miethsache geltend machen, in der Benutzung der letzteren gestört wird[11]). Der Miether kann also vom Vermiether gegen solche Störungen[12]) Schutz verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob letzteren ein Verschulden trifft. Ist dagegen der Miether in dem Gebrauch der Sache nur durch thatsächliche Eingriffe Dritter gestört worden, so ist der Vermiether dafür nicht verantwortlich, sofern er nur von seiner Seite den vertragsmäßigen Gebrauch gewährt[13]). Erst wenn er dieses nicht mehr kann, geht ihn die Störung an: durch die Unmöglichkeit der

---

7) Nach der Ortssitte fallen vielfach Reparaturen unterhalb eines gewissen Werthes (z. B. von 5 Mark) dem Miether zur Last.

8) Vielmehr erlischt solchenfalls nur der Vertrag nach § 323 BGB. — Wegen der Reparaturen, namentlich wenn der Miether sie für den Vermiether vornimmt, s. noch unten Note 20ff., 29 u. § 236 Ziff. II am Ende.

9) Z. B. in dem zum vermietheten Haus gehörigen Garten keine gewerbliche Anlage errichten, auch wenn für den Miether noch „Raum genug" übrig bleibt.

10) Letzterenfalls hat der Miether die Rechte des § 542. S. u. § 236 zu Note 33ff. — Der Vermiether kann wegen Reparatur nicht kündigen.

11) In dieser Hinsicht haftet der Vermiether für Mängel im Rechte. S. u. Ziff. II u. § 236.

12) Z. B. Eigenthums-, Dienstbarkeits- und sonstige Ansprüche Dritter, welche auf die Sache verfolgt werden können und zu einer Beschränkung des vertragsmäßigen Gebrauchs des Miethers führen. Soweit dies nicht der Fall ist, hat der Vermiether sie nicht zu vertreten. So auch in den Fällen der §§ 571ff., 577 BGB.

13) Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der frühere Miether nicht rechtzeitig auszieht (der Vermiether muß ihn rechtzeitig austreiben und die Wohnung dem neuen Miether bereitstellen). Der vertragsmäßige Gebrauch ist auch nicht gewährt, wenn der Vermiether andere Miether in demselben Hause duldet, mit denen sich nicht zusammen leben läßt. Der wichtigste Fall ist die Enteignung oder Konfiskation der Miethsache. Oder ein verpachtetes Theater wird von der Obrigkeit geschlossen. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 169, Bd. 25 S. 356. Ist der Staat Vermiether, so ist die durch ein anderes Organ der Staatsgewalt verübte Störung nicht als die eines Dritten anzusehen.

Leistung wird auch der Miether von seiner Verpflichtung frei[14]) bezw. kann vom Vertrage für die Zukunft zurücktreten (die Miethe kündigen). § 542 BGB. Voraussetzung des Kündigungsrechts ist jedoch rechtzeitige Anzeige an den Vermiether, damit letzterer womöglich noch Abhülfe schaffen kann. § 545[15]).

Auch hier sind aber Kleinigkeiten (Unfälle, wie sie im Leben häufig vorkommen und nicht zu vermeiden sind) zu ertragen[16]), wie z. B. wenn das Grundstück vorübergehend vom Wasser überschwemmt wird oder die Uebergabe der Sache beim Beginn der Miethzeit sich um ein Geringes verzögert[17]).

3. Der dem Miether zu gewährende Gebrauch muß ihm frei von anderen Aufopferungen als dem bedungenen Entgelt zugänglich gemacht werden. Daher hat

a) der Vermiether im Verhältniß zum Miether die auf der Miethsache ruhenden öffentlichen[18]) und privatrechtlichen[19]) Lasten zu tragen. § 546.

b) Der Vermiether hat dem Miether die nothwendigen Verwendungen zu ersetzen, die dieser auf die Sache gemacht hat[20]). Ausgenommen sind solche Aufwendungen, die lediglich dem Vortheil des Gebrauchs entsprechen, wie die Fütterungskosten eines Thieres[21]). § 547 Abs. 1.

Wegen anderer Verwendungen kommt, falls nicht eine besondere Pflicht des Miethers zu ihrer Vornahme bestand, der Gesichtspunkt auftragloser Geschäftsführung für den Vermiether in Betracht[22]). Letzterer haftet also nur, wenn der Miether die Verwendung

---

14) Nach dem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge (s. o. § 168).

15) Davon noch unten § 236 I Ziff. 4. — Im Uebrigen kann der Miether sich selbst gegen den Dritten im Besitze schützen.

16) Vgl. schon l. 24 § 4 Dig. locati 19, 2 u. oben Note 7.

17) Z. B. weil der Auszug des früheren Miethers sich ein wenig verspätet. Ortsüblich werden dafür sogar einige Tage festgesetzt. — Es geht also viel zu weit, wenn Cosack § 135 II Ziff. 2b sagt, daß der Vermiether den Miether während der Miethzeit „sowohl gegen Naturereignisse", als auch gegen Angriffe dritter Personen zu schützen habe.

18) Z. B. Grund- und Gebäudesteuern, Kanalisationsabgaben u. s. w. Besonders geregelt sind die Einquartierungslasten (die Vertheilung dieser Last ist Gemeindesache). Vgl. RG. v. 13. Juni 1873, 13. Febr. 1875, 3. Aug. 1878, 21. Juni 1887 u. 24. Mai 1898. S. Fuld S. 83 ff.

19) Z. B. Hypothekenzinsen, Reallasten u. dgl.

20) Da der Vermiether die Sache in gehörigem Zustand erhalten muß. S. auch § 538 Abs. 2 BGB. — Dies entspricht dem gemeinen Recht (s. l. 55 § 1 Dig. loc. 19, 2).

21) Auf diese Kosten ist bei Bestimmung des Miethpreises regelmäßig schon Rücksicht genommen. Auf Kurkosten ist die Ausnahme nicht zu erstrecken.

22) Entsprechend dem oben § 215 Ziff. 3 i. f. beim Kaufe Gesagten.

nicht ohne die Absicht, dafür Ersatz zu verlangen, vornahm[23]) und die Verwendung dem wirklichen vermuthlichen Willen des Vermiethers entspricht; — andernfalls nur auf die durch die Verwendung erlangte Bereicherung[24]). Eine mit der Sache verbundene Einrichtung darf der Miether nach allgemeinen Grundsätzen hinwegnehmen[25]). § 547 Abs. 2[26]).

II. Erfüllt der Vermiether die Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung nicht, so kann der Miether

1. nach allgemeinen Grundsätzen Erfüllung und eventuell[27]) Schadensersatz verlangen. Der Miether kann sogar, falls der Vermiether mit der Beseitigung eines Mangels[28]), der den Miether am vertragsmäßigen Gebrauch behindert, im Verzuge ist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen[29]). § 538 Abs. 2[30]).

2. Daneben müßte der Miether, wenn die Pflicht zur Gebrauchsgewährung aus irgend einem Grunde unerfüllt bleibt, auch die aus §§ 320 bis 327 BGB. entspringenden Rechte haben[31]). Diese sind auch nicht gänzlich unanwendbar[32]). Es ist aber zunächst das Rücktrittsrecht des Miethers durch ein Kündigungsrecht er-

23) Arg. § 685 BGB.

24) Arg. § 684 eod. — Die Ansprüche können durch Klage, Einwand gegen die Miethzinsforderung ꝛc., aber bei Grundstücken nicht durch Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden. § 556 Abs. 2.

25) S. darüber § 258 BGB u. oben § 151 Ziff. III.

26) Verjährung der Ansprüche in 6 Monaten seit Beendigung der Miethe. § 558 Abs. 1 u. 2.

27) Bei Unmöglichkeit in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstandes sowie bei Verzug.

28) Jeder Art! Rechts- und Sachmängel und die darauf beruhenden Störungen des Miethers kommen in Betracht. Der Vermiether soll also in erster Linie den Mangel beseitigen: die Sache repariren (s. o. Note 5 ff.), die kollidirenden Rechte des Dritten abkaufen (Note 11 ff.) u. dgl.

29) Nicht nach dem Gesichtspunkt bei Note 22, da vielmehr das Interesse des Miethers zu Grunde liegt. Aber unter objektiver Würdigung der Sachlage.

30) Daneben ist der Vermiether aus seinem Verzug nach allgemeinen Grundsätzen auch zu Schadensersatz verpflichtet. Aber nicht zum Ersatze eines Schadens, den der Miether sich selbst zuzuschreiben hat (s. o. Bd. I § 111). Nach diesen Grundsätzen ist zu vermitteln.

31) S. o. §§ 169 ff. Auch bei rein thatsächlichen Mängeln der Sache. Denn, im Gegensatz zum Kaufe (s. o. §§ 220 ff.), ist hier auch bei solchen Mängeln die Verpflichtung zur Gewährung des kontraktmäßigen Gebrauches nicht erfüllt.

32) Z. B. bei Annahmeverzug des Miethers kommt § 324 BGB. zur Anwendung. — Beruht die Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs auf einem vom Vermiether zu vertretenden Umstande, so kann der Miether zwar nach §§ 325, 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (s. o.), nicht aber vom Vertrage zurücktreten, da dies für die Miethe pro praeterito unzweckmäßig wäre. An die Stelle tritt das im Text erwähnte Kündigungsrecht, wodurch das Verhältniß der Parteien abgebrochen wird. S. o. § 181 Note 5.

setzt: und zwar gleichviel ob der vertragsmäßige Gebrauch schon zu Beginn der Miethzeit nicht gewährt[33]), oder dem Miether nachträglich durch Sachmängel oder Mängel im Rechte des Vermiethers entzogen wurde[34]). § 542. Gleichviel auch ob die Gebrauchsentziehung vom Vermiether zu vertreten ist, oder nicht. Das Ganze ist nach Art der Wandelung gedacht[35]). § 543. Wir reden von diesem Kündigungsrecht bei der Gewährleistungspflicht des Vermiethers[36]).

Auch abgesehen davon ist, wenn der vertragsmäßige Gebrauch dem Miether in Folge von Sachmängeln oder Mängeln im Rechte des Vermiethers entzogen wird, die einfache Anwendung des §§ 320 bis 327 BGB. zu hart und vielfach nicht ausreichend[37]). Das Gesetz regelt daher die Gewährleistungspflicht des Vermiethers im Einzelnen, und zwar gleichmäßig für beide Mängelarten[38]). §§ 537 ff., 541, 542 ff.

§ 236.

Fortsetzung: Gewährleistungspflicht des Vermiethers.

I. Eine Gewährleistungspflicht des Vermiethers für Sach- und Rechtsmängel besteht nur insoweit, als ein Mangel die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs an den Miether verhindert. Also weder soweit die Mängel mit diesem Gebrauch verträglich sind[1]), noch insoweit der Dritte von seinen kollidirenden Rechten keinen Gebrauch macht[2]).

1. Hindern sie aber den vertragsmäßigen Gebrauch, so wird die Haftpflicht des Vermiethers voll in Anspruch genommen, wenn der Mangel schon beim Abschluß des Vertrags vorhanden war[3]),

---

33) Gänzliche Nichterfüllung oder bloße Verzögerung der Gebrauchsgewährung steht gleich.

34) Selbstverständlich ist, daß der Miether für die Zeit, da ihm die Sache vom Vermiether vertragswidrig entzogen ist, den Miethzins nicht zu zahlen hat. Soweit die Nichtgewährung des Gebrauchs auf Mängeln der Sache oder im Rechte des Vermiethers beruht, bestimmen das Nähere die §§ 537, 541 BGB.

35) S. o. § 220 insbes. Ziff. 4 c. Wenn auch nur für die Zukunft (s. o. N. 32).

36) S. u. § 236 II Ziff. 3 zu Note 33 ff.

37) Schon wegen der erforderlichen Spezialisirung der Mängel.

38) Und zwar in möglichstem Anschluß an die Haftung des Verkäufers.

1) Z. B. eine auf der Miethsache ruhende Hypothek stört den Miether nicht.

2) Arg. § 541 verbis: wird durch das Recht des Dritten dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch .... entzogen. Eine bloße Gefahr der Entziehung genügt nicht.

3) Ein zu dieser Zeit schon vorhandener Mangel ist vom Vermiether immer zu vertreten. Dies entspricht dem franz. Recht (Cod. Nap. Art. 1721), während das Preuß. A.LR. (I Tit. 21 § 273) u. das Sächs. GB. (§ 1198) den Vermiether auch hier nur wegen Verschuldens haftbar machte. Das röm. Recht in dieser Frage war bestritten.

oder zwar später, aber in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstands eingetreten[4]) oder nicht rechtzeitig wieder beseitigt[5]) worden ist. Hier werden die vollen Konsequenzen der Kontraktwidrigkeit gezogen. Der Vermiether haftet auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[6]). §§ 538 Abs. 1, 541.

2. In den übrigen Fällen begnügt sich das Gesetz mit einer Haftung des Vermiethers, die sich aus Wandelungs- und Minderungselementen zusammensetzt[7]). S. §§ 537, 541, 542 ff. Daß diese Rechtsbehelfe bei den Ziff. 1 erwähnten Kontraktwidrigkeiten ebenfalls Anwendung finden, versteht sich hier wie beim Kaufe von selbst[8]).

3. Dagegen entfällt jede Haftung des Vermiethers[9]), wenn der Miether bei Abschluß des Miethvertrages den Mangel kennt. §§ 539 S. 1, 541, 543[10]).

a) Die Haftung wegen nicht besonders zugesicherter Eigenschaften der Miethsache fällt sogar schon dann weg, wenn der Miether den Mangel beim Vertragsschluß ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können. Für offene oder offenbare Sachmängel wird also auch hier nicht gehaftet[11]), es sei denn, daß sie vom Vermiether arglistig verschwiegen sind[12]). — Ebenso wenn der Miether die mangelhafte Sache ohne Vorbehalt annimmt, obschon er den Mangel kannte[13]), verliert er seine Ansprüche. S. §§ 539 S. 2, 543.

b) Dagegen wird die Haftung für Rechtsmängel durch die bei

---

4) Hier hat der Vermiether auch seine eigenen Handlungen, z. B. Verfügungen über die Miethsache regelmäßig zu vertreten. Ebenso haftet er für Verschulden Dritter, deren Handlungen er überhaupt zu vertreten hat.

5) Bei Verzug der Beseitigung. Vgl. § 285 BGB.

6) Ueber das Selbstbeseitigungsrecht des Mangels durch den Miether und Auferlegung der betreffenden Kosten an den Vermiether (§ 538 Abs. 2), s. schon oben § 235 Note 29.

7) S. über den Wandelungs- und Minderungsanspruch beim Kauf oben §§ 220, 222.

8) Vgl. o. § 220 Ziff. 4. — Die §§ 537, 541, 542 BGB. reden ganz allgemein. Ueber die einzelnen Gewährleistungsansprüche s. u. Ziff. II, III.

9) Entsprechend oben § 220 Ziff. 6.

10) Der Miether kann weder den Miethzins einbehalten resp. mindern lassen, noch für die Zukunft die Miethe kündigen, noch gegebenenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (noch den Mangel beseitigen und dem Vermiether die Kosten zur Last legen).

11) Der Grundsatz „Augen für Geld" gilt auch in dieser Beziehung. Dagegen darf der Miether der gegebenen Zusicherung vertrauen (braucht also ihre Richtigkeit nicht nachzuprüfen).

12) Die Gründe sind die gleichen wie oben § 220 Ziff. 6a. Vgl. § 460 BGB.

13) S. o. § 220 Ziff. 6b. Arg. § 464 BGB. S. die dortigen Ausführungen über Annahme, Kenntniß und Vorbehalt.

lit. a erwähnten Umstände nicht ausgeschlossen. Der Miether darf sich auf die ausreichende Befugniß des Vermiethers verlassen[14]. § 541[15].

4. Eine besondere Voraussetzung der Gewährleistungspflicht des Vermiethers stellt § 545 auf. Zeigen sich Rechts- oder Sachmängel im Laufe der Miethzeit, oder treten sie nur hinreichend drohend hervor[16], so hat der Miether dem Vermiether unverzüglich[17] davon Anzeige zu machen[18]. Unterläßt er dies, so stehen ihm die Rechte auf Einbehaltung oder Minderung des Miethzinses, fristlose Kündigung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung[19] nicht zu[20]. Kannte der Vermiether den Mangel, so ist selbstverständlich nicht nochmalige Anzeige erforderlich[21]. Der Miether hat die rechtzeitige Anzeige oder Kenntniß des Vermiethers darzuthun[22].

5. Die Gewährleistungspflicht des Vermiethers kann vertragsmäßig verschärft oder abgemildert werden[23]. Doch ist die Herabminderung nichtig in Ansehung solcher Mängel, die der Vermiether dem Miether arglistig verschwieg. § 540 BGB.

II. Gewährleistung für Sachmängel.

1. Der Vermiether haftet für Mängel aller Art, welche die Tauglichkeit der Miethsache zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufheben oder mindern[24]. § 537 Abs. 1. Eine erhebliche Minderung ist nicht erforderlich[25]. Ebenso haftet der Vermiether für das Fehlen

14) Ohne daß eine besondere Zusicherung (wie in Note 11) nöthig wäre.

15) Dort wird § 539 Satz 2 BGB. nicht in Bezug genommen.

16) Z. B. Rechtsmängel: ein Dritter maßt sich ein Recht an der Sache an. Sachmängel: es wird eine Vorkehrung erforderlich zum Schutz der Sache gegen irgend eine unvorhergesehene Gefahr (für eine vorherzusehende hat der Vermiether von selbst vorzusorgen).

17) Ohne schuldhaftes Zögern. S. Bd. I § 111 Note 19.

18) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. Bd. I § 72 gegen Ende. — Uebrigens geht die Bedeutung des § 545 BGB. über die Gewährleistung hinaus. S. u. § 237 Ziff. 2.

19) §§ 537, 538 Abs. 1, 542 BGB.

20) Nur das im öffentlichen Interesse gegebene Kündigungsrecht ungesunder Wohnungen (§ 544 BGB.) wird durch das Unterlassen der Anzeige nicht berührt.

21) Dies ergibt sich aus dem Begriff des „Anzeigens". Kannte der Vermiether den Mangel aus grober Fahrlässigkeit nicht, so gilt das Gleiche. S. u. § 237 Ziff. 2a.

22) Behauptet der Miether, daß er den Mangel selbst erst später erkannt habe, so muß Vermiether ihm den Zeitpunkt seiner Kenntniß beweisen. Zustimmend Oertmann § 545 Note 5.

23) Im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen wie oben § 220 Ziff. 8 zu Note 70 ff.

24) Nicht blos die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen 2c. Gebrauch, wie nach § 459 BGB. beim Kaufe. S. o. § 221. Z. B. Wanzen in der Miethwohnung sind ein genügender Mangel.

25) Uebrigens auch hier mit Berücksichtigung von Treu und Glauben und

zugesicherter Eigenschaften der Sache[26]), denen auch hier wieder bei Grundstücken die Zusicherung einer bestimmten Größe des Grundstücks gleichgestellt wird[27]). Abs. 2.

2. Die Haftung wegen dieser Mängel tritt ein, wenn sie zur Zeit der Ueberlassung der Sache an den Miether vorhanden waren, oder auch erst später während der Miethzeit eintreten[28]).

3. Die Gewährleistungspflicht des Vermiethers[29]) gestaltet sich wie folgt:

a) Während der Zeit der Gebrauchsentziehung durch den Mangel ist kraft Gesetzes[30]) die Verpflichtung des Miethers zur Leistung des Miethzinses aufgehoben[31]). Ist die Tauglichkeit der Sache zu dem vermietheten Gebrauche nur vermindert, so ist der Miether nur zur Leistung eines entsprechenden Theiles des bedungenen Miethzinses verpflichtet. Dieser wird wie bei der Minderung eines Kaufpreises berechnet[32]). § 537 Abs. 1.

b) Ist die Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs eine erhebliche[33]), so kann der Miether die ganze Miethe aufkündigen[34]). §§ 542 ff.[35]). Ebenso wenn die Kündigung wegen der Gebrauchsbeeinträchtigung durch ein besonderes Interesse des Miethers gefordert wird[36]). Eine Kündigungsfrist ist nicht einzuhalten. Doch

---

der Verkehrssitte. Danach wird sich beurtheilen, ob nach Lage der Sache überhaupt eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt.

26) S. o. § 221 Ziff. 1b.

27) S. § 468 BGB.

28) Also ein bestimmter kritischer Zeitpunkt des Eintritts (oben § 221 Ziff. 2) wird hier nicht verlangt. Ist doch die Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung eine während der ganzen Miethzeit fortdauernd zu erfüllende.

29) Wegen der sonstigen Rechte des Miethers s. o. § 235 Ziff. II.

30) Der Miether braucht nicht erst auf Wandelung zu bestehen. S. o. § 222 Ziff. I.

31) Gleichgültig ist, ob der Vermiether die Mängel kannte, oder ob überhaupt ein Verschulden von seiner Seite vorliegt.

32) Also nach §§ 472, 473 BGB. S. über die Berechnungsmethode oben § 222 I Ziff. 3. — Uebrigens schuldet auch hier der Miether kraft Gesetzes nur den entsprechend geringeren Miethpreis. — War der Miethzins praenumerando bezahlt, so hat der Miether ein entsprechendes Rückforderungsrecht des zuviel Bezahlten, aber (mangels Verschuldens des Vermiethers) nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (s. u. §§ 317 ff.). Arg. § 543 i. f.

33) Wenn sie z. B. eine erhebliche Zeit oder erhebliche Theile der vermietheten Sache nach Maßgabe der Vertragsvereinbarung betrifft.

34) Ueber das gleiche Kündigungsrecht bei bloßer Verzögerung der Ueberlassung s. o. § 235 II Ziff. 2. Dort auch über das Wesen dieses fristlosen Kündigungsrechts (als Abgangsrecht vom Vertrage pro futuro, nach Art der Wandelung).

35) Der Miether hat die Wahl zwischen der Kündigung und den bei lit. a erwähnten Rechten.

36) Z. B. in dem von einem Lungenkranken gemietheten Zimmer raucht

muß der Miether[37]) dem Vermiether regelmäßig zunächst noch eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen[38]), nach deren fruchtlosem Ablauf die Kündigung statthaft ist[39]). Der Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die nachträgliche Abstellung des Mangels für den Miether kein Interesse mehr hat[40]). § 542 Abs. 1 i. f.[41]).

Die Kündigung bewirkt die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft. Bezieht sie sich nur auf einzelne von mehreren vermietheten Sachen, so finden die Grundsätze der Wandelung beim Mengekauf entsprechende Anwendung[42]). Der Gesammtmiethzins ist nöthigenfalls verhältnißmäßig herabzusetzen[43]). § 543 Abs. 1. — Ein im Voraus bezahlter Miethzins kann für den nach der Kündigung liegenden Zeitraum zurückgefordert werden: bei Kündigung wegen eines vom Vermiether nicht zu vertretenden Umstands jedoch nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[44]) Abs. 2.

Eine besondere im sozialen Interesse eingeführte Steigerung des Kündigungsrechts enthält § 544 BGB[45]).

c) War der Mangel beim Miethabschluß schon vorhanden[46]) oder ist er später in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden

---

der Ofen, oder die Heizung ist nicht ganz bis auf die normale Temperatur zu bringen. § 542 Abs. 2. Billigere Angebote von anderwärts genügen nicht.

37) Wie regelmäßig beim Rücktrittsrecht (s. § 326 BGB.).

38) S. dazu oben § 151 Note 8 ff.

39) Es ist also nach Ablauf der Frist nochmalige Erklärung des Miethers nöthig. Bestimmte technische Ausdrücke sind nicht erforderlich. Ob beide Erklärungen verbunden werden können, wird nur unter Umständen zu bejahen sein. S. o. Bd. I § 97 i. f.

40) Wie gewöhnlich in solchen Fällen. S. auch § 326 BGB. Ebenso bei Fixgeschäften. § 361. — Jedoch geht das fristlose Kündigungsrecht nach § 545 auch in diesen Fällen verloren, wenn der Miether dem Vermiether den Mangel nicht rechtzeitig angezeigt hatte. S. o. I Ziff. 4.

41) Der Miether hat die Kündigung, die Setzung der erforderlichen Nachfrist resp. eventuell sein Interesse nach den im Text besprochenen beiden Richtungen zu beweisen.

42) Waren die Sachen als zusammengehörig vermiethet, so kann jeder Theil verlangen, daß die Kündigung auf alle Sachen erstreckt wird. — Die Kündigung hinsichtlich der Hauptsache erstreckt sich von selbst auch auf die Nebensache, aber nicht umgekehrt. S. §§ 469, 470, 543 Abs. 1 BGB. S. o. § 222 zu Note 89 ff.

43) Nach den Grundsätzen § 471 BGB. S. o. § 222 Note 95.

44) Vgl. o. Note 32 i. f. u. Cit.

45) Danach kann bei der Miethe von Wohnungen oder anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Räumen, wenn deren Benutzung mit erheblicher Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, das Kündigungsrecht schlechthin ausgeübt werden, d. h. ohne Frist, sowie auch dann, wenn der Miether bei Abschluß des Vertrags den Mangel kannte oder auf dessen Geltendmachung verzichtet hat (s. o. Ziff. I).

46) In diesem Augenblick vorhandene Mängel sind vom Vermiether stets zu vertreten. S. o. Note 3.

Umstandes entstanden oder nicht beseitigt[47]), so kann der Miether statt der Einbehaltung des Miethzinses (lit. a), aber neben den sonstigen Rechten auf Erfüllung, Kündigung 2c., Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[48]). § 538[49]). Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[50]). Hatte der Miether beim Verzug des Vermiethers den Mangel selbst beseitigt, so ist jedenfalls Ersatz der dazu erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Abs. 2[51]).

III. Mängel im Rechte des Vermiethers werden entsprechend behandelt. Denn für die Miethe kann der Effekt nur sein, daß dem Miether, wie bei Sachmängeln, der vertragsmäßige Gebrauch der Sache entzogen oder geschmälert wird[52]).

1. In Betracht kommt jedes Recht eines Dritten, durch welches dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der gemietheten Sache ganz oder zum Theil entzogen wird. § 541[53]).

2. Gleichgültig ist, ob der Rechtsmangel zur Zeit der Ueberlassung der Miethsache schon vorhanden war oder nachträglich im Lauf der Miethzeit entsteht[54]).

3. Die Rechtsbehelfe des Miethers sind die gleichen wie bei den Sachmängeln[55]). §§ 541, 542 ff.

---

47) S. o. Note 4—5.

48) Denn für die Zeit, da der Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigte, ist überhaupt nicht, oder nicht richtig erfüllt. Das Erfüllungsbegehren betrifft nur die Zukunft.

49) Falls er auf Erfüllung besteht, bezieht sich der Schadensersatz natürlich nur auf die Zeit bis zur Erfüllung.

50) In den allgemeinen Grenzen der Ersatzpflicht (s. o. § 151). Vgl. entsprechend oben § 222 Ziff. II.

51) S. dazu oben § 235 Note 27 ff.

52) Ueber die Unerheblichkeit fahrlässiger Unkenntniß des Miethers von den Mängeln in diesem Falle s. schon oben I Ziff. 3.

53) In Ansehung der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Entziehung gilt dasselbe wie oben II Ziff. 1.

54) S. o. II Ziff. 2. Im letzteren Fall kann aber häufig das kollidirende Recht des Dritten überhaupt nicht auf die Miethsache geltend gemacht werden. S. §§ 571 ff., 986 Abs. 2 BGB. S. noch unten §§ 242 ff.

55) S. o. II Ziff. 3. Er braucht also

a) für die Zeit der Gebrauchsentziehung den Miethzins nicht oder nur in entsprechend geringerem Umfang zu zahlen;

b) er hat bei genügender Erheblichkeit der Gebrauchsentziehung resp. bei besonderem Interesse das sofortige Kündigungsrecht (unter eventueller Gewährung einer Nachfrist für Beseitigung des Mangels).

c) Bestand das Recht des Dritten schon bei Abschluß des Miethvertrages oder ist es späterhin in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstandes entstanden oder nicht rechtzeitig beseitigt, so haftet der Vermiether auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 237.

b) Benutzung der Miethsache und Entgelt.

Für den Miether entspringen aus dem Vertrage folgende Verpflichtungen.

1. Der Miether hat den bedungenen Miethzins zu entrichten[1]), und zwar mangels anderweitiger Bestimmung postnumerando: am Ende der Miethzeit resp. der einzelnen Miethzinsabschnitte[2]). § 551 BGB. Der Vermiether hat also vorzuleisten, und steht der Miethzinsforderung regelmäßig die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegen, wenn der Miethgebrauch nicht vertragsmäßig gewährt ist.

a) Die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses wird nicht dadurch aufgehoben, daß in der Person des Miethers[3]) ein Grund eintritt, weswegen er an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauches verhindert wird[4]). Anders nur, soweit der Vermiether während der Verhinderung des Miethers durch Selbstbenutzung der Sache oder sonst[5]) Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwerthung des Gebrauchs[6]) einen Gewinn macht. Dies muß er sich auf den zu fordernden Miethzins abziehen lassen. Solange der Gebrauch der Sache dem Miether durch Ueberlassung an einen Dritten abgeschnitten ist, hat er gar keinen Miethzins zu entrichten[7]). § 552 BGB.

---

1) Darüber, daß er nicht stets in Geld zu bestehen hat, s. schon oben § 234 Ziff. 5. Eine Geld- oder Sachleistung ist nach allgemeinen Grundsätzen zu übereignen, Geld nach § 270 BGB. zu übersenden, falls nicht die Abholung des Miethzinses bedungen oder ortsüblich ist.

2) Bei Grundstücksmiethe regelmäßig quartaliter am ersten Werktag des nächstfolgenden Kalendervierteljahrs, falls nicht kürzere Fristen bedungen sind. § 551 Abs. 2.

3) Z. B. Krankheit, eine unaufschiebliche Reise 2c. — Im Gegensatz zu Gründen, die in der Miethsache oder beim Vermiether liegen. S. die früheren Ausführungen § 236.

4) Eine Verpflichtung zur Annahme der Miethsache besteht nicht. S. o. § 163. Der Miether darf gebrauchen, muß nicht gebrauchen; und der Miethzins ist dafür zu zahlen, daß er gebrauchen darf. — Auch die Verpflichtung des Vermiethers zur Gebrauchsgewährung wird durch die im Text bezeichneten Umstände keineswegs aufgehoben, es käme denn eine entgegengesetzte Vereinbarung der Parteien zu Stande.

5) Z. B. wegen der Nichtbenutzung des Hauses erspart er die Wasser- und Kanalisationsabgaben.

6) Z. B. indem er andere Miether findet. — Eine Verpflichtung, solche zu suchen, hat er nicht. Böswilliges Unterlassen wird hier nicht, wie in § 324 BGB., getroffen; doch dürfte die Gleichbehandlung aus allgemeinen Grundsätzen folgen. S. o. § 164.

7) Es ist nicht blos der Betrag des Miethzinses des Dritten vom eigenen geschuldeten Miethzins abzuziehen. Verschiedenheit der Beträge wird also nicht

b) Wegen **Verzugs** des Miethers in der Zahlung **zweier aufeinanderfolgender Zinsraten** hat der Vermiether ein **sofortiges Kündigungsrecht** (ohne Kündigungsfrist). Er kann den Miether „exmittiren“[8]). So auch, wenn die Nichtzahlung der beiden Zieler nur eine theilweise war[9]). Doch wird das Kündigungsrecht durch **Nachzahlung** vor erfolgter Kündigungserklärung[10]) ausgeschlossen. — Die bereits vollzogene Kündigung wird unwirksam, wenn der Miether nach der Kündigungserklärung unverzüglich[11]) von einer schon vorher vorhandenen[12]) **Aufrechnungsbefugniß** Gebrauch macht[13]). § 554[14]).

2. Der Miether darf nur den **vertragsmäßigen Gebrauch** von der Sache machen; also sie nur so benutzen wie sie vermiethet ist. In diesem Rahmen hat er eine **Abnutzung** der Sache (Veränderung oder Verschlechterung) nicht zu vertreten[15]). § 548[16]). Dagegen haftet er nach allgemeinen Grundsätzen für ordnungsmäßige **Obhut** der Sache[17]).

a) Eine zu dieser Fürsorge gehörige Verpflichtung ist es, daß der Miether dem Vermiether unverzüglich[18]) **Anzeige** davon zu machen

---

beachtet. S. über Alles dies schon l. 19 §§ 9, 10, l. 27 pr., l. 30 § 1, l. 61 § 1 Dig. locati 19, 2.

8) S. o. bei Note 2; § 236 Note 34. Das Kündigungsrecht entspricht dem älteren Recht. Vgl. l. 54 § 1, l. 56 Dig. loc. 19, 2; c. 3 X de locat. 3, 18, Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 298, das sächs. u. franz. Recht (wenn auch die Dauer des Rückstands verschieden bestimmt war). — Eine Nachfrist wie nach § 326 BGB. braucht nicht gesetzt zu werden.

9) Falls Theilzahlung überhaupt angenommen war. S. § 266 BGB. Etwaige praenumerando gezahlte Zinsbeträge sind im Falle der Exmission nach § 555 BGB. zurückzuerstatten.

10) Was dazu gehört, s. o. Bd. I § 88. — Der Nachzahlung steht die Hinterlegung nach §§ 189 ff. oben gleich. War die Rücknahme des Hinterlegten nicht ausgeschlossen, so besteht die Einrede des § 379 BGB. gegen das Exmissionsrecht.

11) Ohne schuldhaftes Zögern. § 121 BGB.

12) Was dazu gehört, s. o. § 192.

13) Aus denselben Gründen wie in §§ 326 jcto 357 BGB. S. o. § 175 Note 27 ff.

14) Bei der Theilpacht ist § 554 nicht anwendbar, vielmehr bei Vernachlässigung der Fruchtgewinnung ein sofortiges Rücktrittsrecht gegeben. **Crome**, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 109.

15) Z. B. bei Miethwohnungen durch Abtreten der Fußböden, Risse in Ofenkacheln, Tapeten ꝛc. Ebenso durch Einschlagen von Nägeln und Haken in die Wände in mäßigem und ortsüblichem Umfang. — Ist der vertragsmäßige Gebrauch mit größerer Abnutzung verbunden (z. B. gemiethete Maschinen, Kleider), so ist auch diese nicht zu vertreten.

16) Die Bestimmung ist dispositiv. S. aber anderseits auch o. § 234 am Ende.

17) S. über die custodiae praestatio im Allgemeinen schon oben § 157 Ziff. I. Daselbst auch Ziff. II über die Haftung des Miethers für **seine Leute**. Ebenso haftet er für seine **Untermiether** und **Gebrauchscessionare** (unten § 241). Vgl. einstweilen §§ 549 Abs. 2, 550, 553 BGB. — Ueber das Kündigungsrecht bei erheblicher Verletzung der schuldigen Sorgfalt s. u. lit. b.

18) S. o. Note 11.

hat[19]), wenn im Lauf der Miethzeit ein Mangel[20]) der gemietheten Sache hervortritt, oder eine Vorkehrung zum Schutz der Sache gegen eine unvorhergesehene Gefahr erforderlich wird[21]) oder ein Dritter sich Rechte an der Sache anmaßt[22]).

Unterläßt der Miether die Anzeige, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[23]). § 545 BGB. Durfte er darauf vertrauen, daß der Vermiether die Mängel kenne, so ist dies jedoch nicht anzunehmen[24]). Ebensowenig ist der Miether zu besonderer Nachforschung nach den Mängeln verpflichtet[25]).

b) Jeder vertragswidrige Gebrauch der Miethsache ist vom Miether zu vertreten[26]). Ebenso willkürliche Veränderungen der Miethsache, auch wenn sie an sich vielleicht Verbesserungen sind[27]). Wegen aller dieser Dinge hat der Vermiether das gewöhnliche Recht auf Schadensersatz[28]). Doch braucht er sich für die ihm drohenden

---

19) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd I § 72 Ziff. 1 i. f.

20) Nicht blos Gewährsmängel (s. o. § 236). Nicht blos was den Miether genirt, kommt in Betracht, sondern derselbe hat der Sache in jeder Hinsicht Obhut angedeihen zu lassen. Z. B. das Regenwasser dringt durch das Dach ein. Es kann unter Umständen lange dauern, bis der vertragsmäßige Gebrauch des Miethers dadurch leidet. Dem Vermiether aber entsteht dadurch viel früher großer Schaden.

21) Z. B. Schlösser, Thüren und Fenster bieten bei zunehmender Einbruchsgefahr keinen genügenden Schutz mehr.

22) Hier ist die Anzeige der Weg, auf dem der Miether über den Bereich des ihm selbst zustehenden Besitzschutzes (s. o. § 235 Note 15) hinaus, mangels dinglichen Rechtes an der Sache die letztere zu schützen hat. — Hat ihn der Dritte verklagt, so kann die Anzeige im Wege der Streitverkündung geschehen. S. § 76 CPO.

23) D. h. er hat Ersatz dafür zu leisten. — Inwiefern er wegen der Mängel die Gewährleistungspflicht des Vermiethers nicht mehr in Anspruch nehmen kann, ist schon erwähnt. S. o § 236 I Ziff. 4.

24) Kannte der Vermiether die Mängel, so ergibt sich schon aus dem Begriff des „Anzeigens", daß nochmalige Mittheilung nicht erforderlich ist. Aber auch wenn dem Vermiether die Mängel aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, muß dasselbe gelten; denn die Anzeigepflicht folgt aus der allgemeinen Fürsorgepflicht, gegen die besondere Entschuldigungsgründe zulässig sein müssen. So auch Dernburg § 219 Ziff. III; Oertmann § 545 Note 4.

25) Es fragt sich, ob ein Verschulden in der allgemeinen Fürsorge (s. o.) vorliegt.

26) Z. B. unbefugte Ueberlassung der Sache an einen Dritten, — Umwandlung des Wohnhauses in einen Gasthof, eine Restauration u. s. w., — das Einlegen von Kohlen auf den Speicher, das Veranstalten großer Wäsche in der Küche u. dgl. — Unangenehmer Geschäftsbetrieb? S. Fuld S. 94 ff. Ferner noch unten § 246 Note 25.

27) Der Vermiether braucht sich „Verbesserungen an sich" nicht gefallen zu lassen. Für ihn sind es vielleicht keine! Das Neutapezieren von Zimmern ist aber keineswegs immer willkürlich. Zum vertragsmäßigen Gebrauch gehören auch ästhetische Rücksichten. Zustimmend Dernburg § 219 Note 7—8.

28) Bemerkenswerth ist hier hauptsächlich nur die Verjährung binnen

Gefahren nicht mit Schadensersatz zu begnügen. Vielmehr geht sein Hauptinteresse darauf, daß die vertragswidrige Behandlung der Miethsache nicht in der Zukunft fortdauere. Demgemäß kann er den Miether zur Unterlassung ermahnen[29]), und wenn dies nicht fruchtet, auf Unterlassung klagen[30]). § 550. Wird der Abmahnung zuwider der vertragswidrige Gebrauch in einer Weise fortgesetzt, welche die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße[31]) verletzt, so kann dieser das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufkündigen — also wiederum zur Exmission schreiten[32]). § 553.

Ebenso wenn der Miether durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt[33]) die Sache erheblich gefährdet[34]). § 553 i. f.

3. Am Schluß der Miethzeit hat der Miether die Sache dem Vermiether zurückzugeben[35]). § 556 Abs. 1. Und zwar in dem Zustande, in welchem sich die Sache durch vertragsmäßige Benutzung bei schuldiger Obhut befindet. Jetzt zeigt sich — falls nicht bereits darüber Kontroversen bestanden[36]) — ob der Miether bei Behandlung der Sache seine Pflicht erfüllt hat. Dabei steht er nicht blos für seine Leute, sondern auch für diejenigen ein, denen er den Gebrauch der Sache überlassen hatte[37]). Für zu vertretende Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Rückgabe ist Schadensersatz zu leisten. Vgl. § 558.

---

6 Monaten seit Rückgabe der Miethsache oder Vollendung der Verjährung des Rückforderungsanspruchs der Sache. § 558 BGB.

29) Empfangsbedürftige Erklärung der Mißbilligung und des Willens, die Vertragswidrigkeit nicht länger zu dulden — als Voraussetzung der weiteren Schritte (sowohl des § 550 als des § 553 BGB.). Vgl. Wendt in Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 80ff.

30) Vollstreckung nach § 890 CPO.

31) Ob dies der Fall, ist nach den Umständen zu entscheiden. Der § 553 BGB. gibt einige Beispiele.

32) S. o. Note 8ff. — Der für die Zeit nach der Exmission bestimmte im Voraus gezahlte Miethzins ist nach § 555 zurückzuerstatten (mit Zinsen).

33) S. o. bei Note 17. Es handelt sich um die geschuldete Obhut der Sache auch bei im Uebrigen vertragsmäßigem Gebrauch. — In allen genannten Beziehungen hat der Miether auch das Thun seiner Untermiether rc. zu vertreten. Das Exmissionsrecht richtet sich nach § 556 Abs. 3 auch direkt gegen die letzteren (Erklärnng an den Miether; thatsächliche Durchführung gegen den Inhaber der Sache!)

34) Auch hier ist die Erheblichkeit Voraussetzung des Exmissionsrechts. S. o. Note 31. Nicht die Erheblichkeit der Pflichtverletzung, sondern des schädigenden Erfolgs kommt in Betracht.

35) Soweit er empfangen hatte. S. o. § 235 Note 2.

36) S. o. Ziff. 2.

37) S. o. Note 17. — Wegen der Beweispflicht des Miethers, wenn er behauptet, die Mängel seien schon bei Beginn der Miethzeit vorhanden gewesen, s. schon oben § 234 Note 55.

Hierzu ist zu bemerken:

a) Für die Zeit der verzögerten Rückgabe[38]) kann der Vermiether jedenfalls den bedungenen Miethzins weiter verlangen. Die Verzögerung wird wie eine Fortsetzung der Miethe behandelt[39]). So auch, wenn der Grund der Verzögerung vom Miether nicht zu vertreten ist[40]). Andernfalls[41]), und wenn ein höherer Schadensbetrag nachgewiesen werden kann, ist dieser einforderbar. § 557.

b) Einwendungen des Miethers gegen die Rückgabepflicht sind wie gegen alle anderen Ansprüche zulässig[42]), insbesondere auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts[43]) wegen ersatzfähiger Verwendungen auf die Miethsache (§ 547). Dem Miether eines Grundstücks steht jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu[44]). § 556 Abs. 2.

c) Hatte der Miether den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen[45]), so kann der Vermiether die Sache geradeso wie gegen den Miether[46]) auch von dem Dritten zurückfordern[47]). § 556 Abs. 3[48]).

---

38) Verzug ist hierfür nicht erforderlich.

39) Zur Deckung der Fälle, da eine stillschweigende Verlängerung der Miethe (s. u. § 245) nicht anzunehmen ist. Vgl. schon Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 335. Die Zahlung des Miethzinses wird daher als Entschädigung des Vermiethers bezeichnet. Sie ist billigstes und zweifellos gerechtestes Entgelt der dem Herrn vorenthaltenen Benutzung der Miethsache.

40) S. Note 38.

41) Bei Verzug der Rückgabe kann der Vermiether keinesfalls (wie Cosack § 135 zu Note 45 annimmt) nach Stellung einer Nachfrist die verspätete Rückgabe der Miethsache zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern! Das hieße dem Miether die Miethsache zum Kauf aufhängen, und kann (als dem Wesen des Miethvertrags zuwider) nicht beabsichtigt sein. So auch Dernburg § 220 Ziff. III.

42 Z. B. daß er das Eigenthum der Miethsache erlangt habe, sei es vom Vermiether oder von einem Dritten, der zur Uebertragung desselben berechtigt war. Letzternfalls hat der Miether mindestens die Doluseinrede. So auch Oertmann § 556 Note 2c. Wenn Dernburg § 219 i. f. (zu Note 11) bei Grundstücken das Gegentheil aus § 556 Abs. 2 herleiten will, so ist dies unzutreffend; denn die Berufung auf eigenes Eigenthum ist verschieden vom Zurückbehaltungsrecht. — Ebenso wenn der Miether von vornherein Eigenthümer war und unwissend seine eigene Sache gemiethet hatte u. s. w.

43) S. o. Bd. I § 124.

44) Desgleichen nicht dem Miether eines Raumes im Sinne des § 580. — Hier stände Mittel und Zweck in einem Mißverhältniß. Der Vermiether ist durch sein gesetzliches Pfandrecht (s. u. § 244) hinreichend gedeckt.

45 Befugter oder unbefugter Weise. Darüber s. u. § 241.

46) Der Dritte kann sich also nicht darauf berufen, daß der Miether ihm gegenüber noch zur weiteren Ueberlassung der Sache verpflichtet sei. Vielmehr hat er zurückzugeben, wenn der Miether selbst zurückzugeben hätte. Er hat die Einwendungen aus dessen Person auch gegen den Vermiether (s. dazu Stammler, Die Einrede a. d. Recht eines Dritten 1900 in den Halle'schen Festgaben f. Dernburg). Daher muß dem Dritten auch die Endigung der Miethe gegenüber dem ersten Miether nachgewiesen werden. Der Dritte kann wegen er-

2. Weitere Verpflichtungen bei der Pacht.

§ 238.

a) Ueberhaupt.

Die oben erwähnten Regeln gelten im Allgemeinen auch bei der Pacht. § 581. Sie erfahren nur insofern eine Aenderung, als Gegenstand der Pacht auch ein Recht sein kann[1]). Hauptsächlich aber treten einige weitere Regeln hinzu, weil die Pacht nicht blos auf die Gewährung des Gebrauchs, sondern auch der Nutzungen des Pachtobjektes geht[2]).

1. Es tritt also hier ein Recht des Pächters auf Fruchtgenuß des Pachtobjektes hinzu. Auch diesen Fruchtgenuß resp. die Möglichkeit dazu hat der Verpächter dem Pächter nach Maßgabe der früheren Regeln zu gewähren[3]). Doch hat der Pächter dem Verpächter gegenüber[4]) kein Recht auf alle Früchte. Er darf den Gegenstand nicht aussaugen. Sein Fruchtgenuß ist nach § 581 auf die Früchte

---

satzfähiger Verwendungen (§ 547) die Mobilien zurückbehalten, gleichviel ob er sebst oder sein Autor die Verwendungen gemacht hat. Natürlich befreit ihn auch der Beweis des eigenen Eigenthums der Sache.

47) Der Anspruch ist obligatorisch — ein gegen den Dritten erstreckter Anspruch aus dem Miethvertrage. Die Erstreckung beruht auf der Billigkeit und auf sozialen Gründen. Durch die Uebernahme einer vermietheten Sache zum Gebrauch tritt der Uebernehmer der Sache kumulativ neben dem Miether in die Miethverpflichtung ein, soweit sie sich auf die Rückgabe der Sache bezieht. Beide haften in dieser Hinsicht als Gesammtschuldner. — Rechtskraft durch das Urtheil gegen den Miether und umgekehrt entsteht für den anderen Verpflichteten nicht (abgesehen von Ueberlassung nach der Rechtshängigkeit: § 325 CPO.). S. hierzu auch Romeick, Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitete Schuld (1902) bes. S. 14ff.

48) Vgl. überhaupt noch wegen der Räumungsklagen §§ 257, 721 CPO. Es ist eine angemessene Räumungsfrist zu gewähren. Näheres nach Art. 93 EG.CPO. und dem maßgebenden Landesrecht.

1) Z. B. Hinsichtlich der Ueberlassung des Pachtobjekts (§ 536). Falls nicht das Recht mit dem Besitze einer Sache verbunden ist (§ 433 Abs. 1 i. f.), wird eine Uebergabe kaum stattfinden. Die Gewährleistung für Sachmängel fällt regelmäßig hinweg u. s. w.

2) S. o. § 234 bes. Ziff 1.

3) Darin liegt für den Pächter das Recht, die Früchte zu ziehen und sich nach § 956 BGB. anzueignen. — Der Verpächter muß das Objekt in einem zur Fruchtziehung geeigneten Zustand erhalten. S. jedoch unten § 239 Ziff. 1.

4) Es handelt sich um eine obligatorische Verpflichung des Pächters, deren Nichterfüllung ihn nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig macht. Der Verpächter hat wegen vertragswidriger Benutzung des Gegenstands die Rechte der §§ 550, 553 BGB (s. o. § 237 Ziff. 2). — Gegenüber Dritten gehören dem Pächter alle Früchte, die er zieht und sich nach § 956 aneignet. S. schon oben Bd. I § 69 Note 8.

beschränkt, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag[5]) anzusehen sind.

2. Hinsichtlich der Verpflichtung des Pächters zur Leistung des Pachtzinses gelten keine Besonderheiten. Die Klausel der Theilpacht ist schon erwähnt[6]). Wird der Fruchtertrag durch außerordentliche Unglücksfälle vernichtet, so hat der Pächter kein Recht auf Nachlaß am Pachtzinse[7]).

3. Gibt der Pächter den verpachteten Gegenstand am Schlusse der Pachtzeit nicht zurück, so hat er für die Dauer der Vorenthaltung den vereinbarten Pachtzins weiter zu entrichten[8]). Nur bestimmt sich hier der Betrag nach dem Verhältniß der Nutzungen, welche der Pächter während der Säumnißzeit aus der Pachtsache gezogen hat oder hätte ziehen können[9]), zu den Nutzungen eines ganzen Pachtjahrs. § 597. Denn da die Früchte oft nicht gleichmäßig im Jahre verfallen, hinge es sonst vom Zufall ab, was der Verpächter für die Säumnißzeit erhielte[10]). Es wird daher der Entschädigungsbetrag nicht einfach nach der Dauer der Vorenthaltung, sondern nach dem Rechnungsbetrag der auf diese Zeit entfallenden Nutzungen des Pachtgegenstandes bemessen. (Auch hier bleibt es dabei, daß auf Grund eines vom Pächter zu vertretenden Verhaltens und Nachweis eines höheren Schadens voller Ersatz des letzteren verlangt werden kann.)

§ 239.

b) Bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke und Landgüter.

Besondere Regeln hat das Gesetz in Ansehung der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke aufgestellt. Es handelt sich um Grundstücke, die dem Landbau, also der Erzeugung von Feldfrüchten, Obst

---

5) Nicht als (ausgesaugte) Substanz. — Auch auf zufällige Substanzablösungen, z. B. Windbrüche, hat danach der Pächter dem Verpächter gegenüber kein Recht. Bei der Pacht von Jagd und Fischerei sind Vorschriften zum Schutz des Thierbestands zu beobachten.

6) S. o. § 234 Ziff. 5. L. 25 § 6 Dig. locati 19,2.

7) Im Gegensatz zum früheren Recht: l. 15 Dig. locati 19,2; Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 478—596 Code Nap. Art. 1770 ff. Die Motive Bd. 2 S. 424 verweisen den Pächter auf den Weg der Versicherung. — Dagegen liegt in der Theilpacht das Moment der remissio mercedis bei Unglücksfällen ganz von selbst. S. Crome, Part. Rechtsgeschäfte (1897) S. 102.

8) Ohne Rücksicht auf Verzug und überhaupt schuldhafte Verzögerung der Rückgabe. S. § 557 BGB. u. oben § 237 Ziff. 3a.

9) S. o. Bd. I § 69 Note 17. Durch ordnungsmäßige Wirthschaft.

10) Z. B. es wäre für eine ertragslose Zeit die ganze Pachtrate zu bezahlen.

u. dgl. dienen[1]). Je nachdem das Grundstück zum selbständigen Betrieb der Landwirthschaft eingerichtet ist, redet man von einem Landgut[2]).

1. Bei solchen Grundstücken wäre die regelmäßige Verpflichtung des Verpächters, das Grundstück in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch und Fruchtgenuß geeigneten Zustand zu erhalten[3]), zu hart. Vielmehr hat der Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere der Wohn- und Wirthschaftsgebäude, Wege, Gräben, Einfriedigungen ꝛc. auf seine Kosten zu bewirken[4]). § 582[5]).

2. Der Pächter hat den Pachtzins nicht vierteljährlich, sondern wenn er nach Jahren bemessen ist, auch nur alljährlich[6]) zu entrichten. § 584. Der Grund ist, daß der Pächter meist erst aus Verwerthung der gezogenen Früchte den Pachtzins erschwingt.

3. Die Benutzung des Pachtgegenstandes[7]) umfaßt hier auch die Fruchtziehung. Der Pächter ist im Allgemeinen befugt, diejenigen Früchte und Fruchtarten zu ziehen, welche er will[8]). Nur darf er nicht ohne Erlaubniß des Verpächters die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks in einer Weise verändern[9]), die auf Bewirthschaftung des Grundstücks über die Pachtzeit hinaus von Einfluß ist[10]). § 583[11]).

---

1) Dient das Gut einem gemischten Betriebe, wie z. B. ein Landgut mit dem eine Gartenwirthschaft verbunden ist, so entscheidet der Hauptbetrieb (entsprechend oben § 61).

2) S. o. Bd. I § 60 Note zu 9. Zu dem Begriff gehören regelmäßig mehrere zur Landwirthschaft eingerichtete und zu einem wirthschaftlichen Ganzen verbundene Grundstücke. S. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 262. — Einzelne Gesetzesbestimmungen beziehen sich nur auf Landgüter, so § 593, andere auf sämmtliche landwirthschaftlichen Grundstücke.

3) S. o. § 238 Note 3.

4) Im Gegensatz zu außerordentlichen Reparaturen, die z. B. durch Brand, Ueberschwemmung, Einsturz veranlaßt werden. — Die Pflicht des Pächters ergibt sich aus dem oben § 235 Note 21 entwickelten Prinzip. Aehnlich schon im älteren z. B. preuß. u. franz. Recht.

5) Bei Unterlassung hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte auf Schadensersatz, die Klage auf Vollzug, und bei erheblicher Gefährdung das Kündigungsrecht. S. o. § 237 Ziff. 2.

6) Am ersten Werktag des nächstfolgenden Pachtjahres. Im Uebrigen gelten die Ausführungen § 237 Ziff. 1.

7) Vgl. o. § 237 Ziff. 2.

8) Auch die Bebauungsart kann er verändern, Sommer- und Winterfrucht einsäen, mehrfachen Grasschnitt einführen ꝛc. Er kann auch im Allgemeinen die Bebauung unterlassen. Bei Theilpacht s. jedoch Crome a. a. O. S. 93.

9) Z. B. den Wald abholzen, die Felder in eine Gräberei verwandeln ꝛc. Vgl. entsprechend oben § 237 Note 26 ff.

10) Dies kann auch in Unterlassung der Bebauung liegen.

11) Bei Zuwiderhandlung kann der Pächter je nachdem Schadensersatz verlangen, auf Unterlassung klagen, und eventuell sofort kündigen. § 237 Ziff. 2.

4. Bei Rückgabe des Grundstücks am Ende der Pachtzeit[12]) ist auf die nächste Ernte, und überhaupt auf die weitere Ertragsfähigkeit des Grundstücks Rücksicht zu nehmen. Dasselbe ist daher in einem Zustande zurückzugewähren, wie er sich bei fortgesetzter ordnungsmäßiger Bewirthschaftung des Grundstücks[13]) vom Augenblick der Uebergabe bis zu der Rückgewähr[14]) ergibt. § 591.

a) Endigt die Pacht im Laufe einer Fruchtperiode, so muß der Pächter, wie seinerzeit bemerkt[15]), mit dem Grundstück auch die noch nicht getrennten Früchte zurückgeben (§ 101 BGB.), selbst wenn er die ganze Bestellungsarbeit geleistet hat[16]). Man wird die Pachtzeit daher vernünftigerweise mit den natürlichen Wirthschaftsperioden des Grundstücks in Uebereinstimmung setzen. Endigt die Pacht vorzeitig im Laufe des Pachtjahrs[17]), so hat der Pächter wegen der ordnungsmäßig vor dem Ablauf des Pachtjahrs zu trennenden Früchte Anspruch auf Ersatz der Kosten[18]), soweit der Aufwand einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht und innerhalb des Werthbetrags der Früchte[19]). § 592.

b) Handelt es sich um ein Landgut, so hat der Pächter von den bei Beendigung der Pacht vorhandenen[20]) landwirthschaftlichen Erzeugnissen[21]) soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, da gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden können, — ohne Rücksicht

---

12) Vgl. o. § 237 Ziff. 3.

13) Also unter Umständen in verbessertem Zustande! — Was zur ordnungsmäßigen Bewirthschaftung gehört, kann dem Verpächter auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Aufwendungen wieder abgezogen werden. — Alles übrigens unter Vorbehalt abändernder Bestimmungen im Pachtvertrage.

14) Nicht blos bis zur Beendigung der Miethzeit. Verzögert sich die Rückgabe (s. o. § 237 Ziff. 3a, § 238 Ziff. 3), so ist die ordnungsmäßige Bewirthschaftung auch für die Zeit der Verzögerung fortzusetzen. Andernfalls macht sich der Pächter verantwortlich.

15) S. o. Bd. I § 70 Ziff. 1.

16) Er erhält dafür nach Note 13 keine Vergütung.

17) Z. B. durch Kündigung nach §§ 542, 553, 554 BGB. S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 115ff.

18) Weil dem Pächter die betreffenden Nutzungen entzogen werden, kann er die Kosten als Aufwendungen beanspruchen (s. o. § 70 Note 12). Doch ist das Impensenrecht auf die Früchte zwiefach beschränkt (s. den Text).

19) Aus der Beschränkung auf diesen Maximalbetrag ergibt sich, daß der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen erst nach der Ernte durchführbar ist.

20) Also z. B. sogar von den abgeernteten Erzeugnissen. Diese gebühren ihm nicht, weil die Selbständigkeit der Bewirthschaftung des Landguts eine Verwendung der Vorräthe für die Zukunft des Gutes (Aussaat 2c.) erforderlich macht. Diese Erzeugnisse gehören nach Bd. I § 60 Note 9 zum Zubehör des Gutes.

21) Gleichviel ob sie auf dem Gute selbst gewonnen worden sind.

darauf, ob der Pächter seinerseits beim Antritte der Pacht solche Erzeugnisse vorfand. War dies nicht der Fall, so kann er vom Verpächter Ersatz des zurückgelassenen Mehrwerthes verlangen. Der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger ist ohne Ersatz zurückzulassen. § 593[22]).

c) Ueber die Verpachtung eines Landguts nach Taxe s. u. § 240 Ziff. II. u. III.

§ 240.

c) Bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar und von Landgütern nach Taxe.

I. Landwirthschaftliche und andere Grundstücke sind häufig mit einem lebenden oder todten Inventar versehen[1]), das als solches mitverpachtet ist. Das Inventar ist eine Sachgesammtheit[2]), in Betreff deren hier besondere Grundsätze gelten.

1. Der einfachste Fall[3]) ist, daß das Inventar — genau so wie das Grundstück — im Eigenthum des Verpächters verbleibt. Zufälliger Abgang der einzelnen Stücke und zufällige Verschlechterung ist daher regelmäßig zu Lasten des Verpächters[4]); anderseits ist er aus dem Pachtvertrag verpflichtet, das Inventar im vertragsmäßigen Bestande zu erhalten: er hat daher den zufälligen Abgang zu ergänzen.

Anderseits macht sich der Gesichtspunkt, daß der Pächter als Korrelat der Nutzungsvortheile die gewöhnlichen Lasten zu tragen hat[5]), auch für das Inventar geltend. Er hat daher

a) die einzelnen Inventarstücke mit pflichtmäßiger Sorgfalt nicht nur zu verwahren und zu behandeln[6]), sondern auch zu erhalten[7]);

---

22) Eine Zweckmäßigkeitsvorschrift im Interesse der Landwirthschaft! Inwieweit die Erzeugnisse zur Fortführung der Wirthschaft erforderlich sind, hat nöthigenfalls der Verpächter zu beweisen; der Pächter die Voraussetzungen seines Ersatzanspruchs.

1) Das Inventar ist Zubehör des Grundstücks. — S. o. Bd. I § 60 zu Note 10. Beispiele daselbst Note 6—10. Auch das gewerbliche Inventar gehört hierher, z. B. das einer Brauerei, eines Theaters, einer Gastwirthschaft 2c.

2) S. o. Bd. I § 58 zu Note 8ff.

3) Wenn auch nicht der gewöhnlichste! Diese Gestaltung ist wirthschaftlich nicht zweckmäßig. Der Pächter kann die Inventarstücke nicht veräußern und ist nicht genügend gedeckt, wenn Neuanschaffungen erforderlich werden.

4) Casum sentit dominus!

5) S. o. § 239 Note 4.

6) S. o. § 237 Ziff. 2.

7) Aehnlich wie nach § 547 Abs. 1 durch Fütterung ein einzelnes Thier. Hier treten noch Kurkosten, Reparaturen u. s. w. hinzu. — Bei Zuwiderhandlung hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte auf Schadensersatz, Unterlassung und Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 553 BGB.

b) den unvermeidlichen gewöhnlichen Abgang des lebenden Inventars aus der Zuzucht zu ergänzen[8]), soweit dies den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht[9]). § 586.

2. Viel häufiger übernimmt der Pächter das Inventar zum Schätzungswerth mit der Verpflichtung, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzungswerthe zurückzugeben[10]). §§ 587 ff. Diese Klausel kann einen verschiedenen Sinn haben. Sie kann so gemeint sein, daß durch die Abrede das Eigenthum der einzelnen Stücke auf den Pächter übergehen und am Ende der Pachtzeit nur die Schätzungssumme oder Stücke von gleichem Werth zurückgegeben werden sollen. Dies ist nicht die Auffassung unseres Gesetzes[11]). Nach ihm behält der Verpächter das Eigenthum der taxirten Stücke (das Geschäft bleibt Pacht auch hinsichtlich des Inventars): die Rückgabepflicht nach Taxe bewirkt nur, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Inventarstücke auf den Pächter übergeht[12]). Daneben kann derselbe über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Wirthschaft verfügen[13]) und sie auch verbrauchen. § 588 Abs. 1.

a) Es muß also auch hier der Pächter das Inventar erhalten; aber im Ganzen[14]): in dem Zustande, wie es ihm einstens übergeben worden ist. Bei Abgang einzelner Stücke hat er für Ergänzung zu sorgen[15]). Alles nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft. Die vom Pächter angeschafften Stücke werden kraft Gesetzes mit der

---

8) Die Zuzucht gewinnt der Pächter als Frucht des Pachtobjekts.

9) Es handelt sich um eine persönliche Verpflichtung aus dem Pachtvertrage (Pflicht zur sog. Summission). S. schon Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 453. — Durch Einstellung in das Inventar erwirbt der Verpächter (nach § 930 BGB.) das Eigenthum. Die nothwendige Vereinbarung liegt schon im Pachtvertrage.

10) Diese Absicht muß bei der Abschätzung vorhanden gewesen sein. Sonst greift der Text nicht Platz.

11) Es kommt also nur bei besonderer Verabredung der Parteien in Betracht. Dagegen war dies die Auffassung der Römer (aestimatio facit venditionem). Gemeinrechtlich sprach man hier auch von einer locatio-conductio irregularis.

12) Dies entspricht der älteren deutschen Rechtsauffassung, dem sog. Eisernviehvertrage. Partikularrechtliche Behandlung desselben s. im Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 474 ff.; Code Nap. Art. 1821 ff.; Sächs. GB. § 1209. Unser Gesetz behandelt den Fall nur im Anschluß an die Grundstückspacht und erstreckt die Regelung auf das todte Inventar. Einer analogen Ausdehnung dieser Bestimmungen auf einen selbständigen Eisernviehpachtvertrag dürfte aber kaum etwas entgegenstehen.

13) Er darf sie in diesem Rahmen veräußern ꝛc. und auch derelinquiren (fortwerfen). Vgl. Bd. I § 74 Note 16 ff. — Darüber hinaus fehlt die Verfügungsbefugniß (es gilt also oben § 84) und kann Unterschlagung vorliegen.

14) Die einzelnen Stücke, soweit kein Recht zu ihrer Beseitigung besteht.

15) Andernfalls hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte. S. o. Note 7.

Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Verpächters[16]). Abs. 2. Dasselbe gilt von der Zuzucht, soweit der Pächter sie zur Ergänzung in das Inventar einstellt[17]).

b) Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ganze vorhandene Inventar dem Verpächter als dem Eigenthümer zurückgewähren. Dabei findet wieder eine Abschätzung statt[18]). Ergibt sich nunmehr, daß der Gesammtschätzungswerth der zurückgegebenen Stücke geringer ist als der einstige Schätzungswerth, so muß der Pächter die Differenz zuzahlen[19]). Im umgekehrten Fall hat der Verpächter, der das gesammte Inventar in werthvollerem Bestande zurückerhält, dem Pächter den Mehrwerth zu vergüten[20]). § 589 Abs. 1 u. 3. Doch kann der Verpächter die Uebernahme neu angeschaffter Inventarstücke dann ablehnen, wenn sie nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft für das Grundstück[21]) überflüssig oder als zu werthvoll erscheinen. Mit der Ablehnung geht das Eigenthum der abgelehnten Stücke auf den Pächter über[22]). Abs. 2.

II. In ähnlicher Weise wie ein Inventar können bei der Pacht eines Landguts[23]) auch sonstige Vorräthe, die nach § 593 auf dem

16) Der Pächter ist, soweit die Ergänzung nothwendig wird, verpflichtet sie vorzunehmen und dem Verpächter Eigenthum an den Ergänzungsstücken zu verschaffen. Die Uebereignung an den Verpächter vollzieht sich kraft Gesetzes durch die Einverleibung. Dies entspricht dem Wortlaut des § 588 und dem Begriff des eisernen Bestandes (der sich beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen von selbst wieder ergänzt). — Auch wirthschaftliche Gründe sprechen für diese Konstruktion. An der Einverleibung sind z. B. die Hypothekengläubiger des Grundstücks interessirt. Die Uebereignung darf nicht von Geschäftsfähigkeit, Belieben 2c. des Pächters abhängig oder sonst anfechtbar sein. Zustimmend Dernburg § 228 Note 4. A. M. Oertmann § 588 Note 1b. — Jedenfalls gehört zur Einverleibung, daß die Stücke auf das Pachtgut gebracht sind.

17) Dies setzt allerdings einen besonderen Willensakt des Pächters im Sinne von Note 9 oben voraus. Die Zuzucht ist größtentheils zu anderen Zwecken bestimmt (das Verbleiben beim Inventar ist Ausnahme).

18) S. darüber Motive Bd. 2 S. 437.

19) Nach dem Satze: „eisern Vieh stirbt nie"! Erweitert auf den eisernen Bestand überhaupt.

20) Dies ist die nothwendige Kehrseite des Satzes. Die Uebernahme und Vergütung kann nur in dem nachfolgenden Falle des Textes abgelehnt werden. — Der Pächter kann die ihm gebührende Vergütung auf die von ihm zu bewirkenden Leistungen verrechnen, die Mobilien (vgl. § 556 Abs. 2) zurückbehalten, eventuell auch die Vergütung selbständig einklagen.

21) Nicht blos für ihn selbst (vgl. o. Bd. I § 60 Note 10). Ursprünglich vorhanden gewesene Inventarstücke dürfen nicht abgelehnt werden.

22) Empfangsbedürftige Erklärung. Die Voraussetzungen hat nöthigenfalls der Verpächter zu beweisen. Mit der Erklärung geht kraft Gesetzes das Eigenthum auf den Pächter über (entsprechend oben Note 16). Der Uebergang wirkt aber nicht zurück (in der Zwischenzeit war der Verpächter Eigenthümer).

23) S. o. § 239 Note 2.

Landgut bleiben sollen[24]), nach Taxe übernommen werden. Es findet dann am Anfang der Pachtzeit eine Abschätzung der vorhandenen vom Pächter übernommenen landwirthschaftlichen Erzeugnisse[25]) statt, und am Ende der Pachtzeit eine solche derjenigen Erzeugnisse, die der Pächter zurückzulassen hat[26]). Der Mehr- oder Minderbetrag der beiden Schätzungen ist von der einen oder anderen Seite zu vergüten. § 594 Abs. 2.

III. Endlich kann sogar das gesammte Landgut auf Grund einer Schätzung seines wirthschaftlichen Zustandes verpachtet werden: also mit der Bestimmung, daß am Ende der Pachtzeit die Rückgabe gleichfalls nach Taxe zu erfolgen habe. In diesem Fall sind bei der Rückgabe des Pachtgutes die beiden Schätzungen zu vergleichen und (arg. § 589 Abs. 3) der etwaige Minderbetrag der letzten Schätzung vom Pächter zuzuzahlen, der etwaige Mehrbetrag vom Verpächter zu vergüten. Doch kann der letztere auch hier (nach Abs. 2 eod.) alles vom Pächter neu Angeschaffte[27]) ablehnen, wenn es nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft für das Landgut überflüssig oder zu werthvoll ist. § 594 Abs. 1.

C. Eintritt dritter Personen in das Verhältniß.

§ 241.

1. Abtretung des Gebrauchs durch Miether und Pächter. Untermiethe.*

Es liegt sehr nahe, daß der Miether und Pächter den Gebrauch resp. die Fruchtziehung des gemietheten Gegenstandes einem Anderen überläßt[1]). Es handelt sich dabei um eine Abtretung von Rechten

24) S. o. § 239 Ziff. 3b.

25) Einschließlich des Düngers. Die Bestimmung § 593 Abs. 3, daß er ersatzlos zurückzulassen sei, greift hier regelmäßig nicht Platz.

26) Also (arg. § 593) von soviel, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu dem Zeitpunkte erforderlich ist, da gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden können.

27) Dies wird sich hier auch auf Theile des Landguts selbst, also auf neu hinzuerworbene Parzellen beziehen, es sei denn, daß die Trennung aus wirthschaftlichen Rücksichten unthunlich ist. Solchenfalls trifft die im Text folgende Ausnahme ohne Weiteres zu. Zustimmend Oertmann § 594 lit. a.

*) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 88 ff.; Kantorowicz, Die Lehre v. d. Untermiethe (1901).

1) Zum Zwecke der Vereinfachung wird hier im Folgenden immer nur von der Miethe und dem Miether 2c. die Rede sein. Soweit die Pacht nicht besonders erwähnt wird, gilt von ihr entsprechend dasselbe.

aus dem Miethvertrage, die an sich vollkommen zulässig ist[2]) und mit einer entsprechenden Abtretung der Pflichten keineswegs nothwendig oder auch nur von selbst verbunden ist[3]).

Der Miether kann aber auch das Miethobjekt als eine fremde Sache weitervermiethen[4]). So tritt die Untermiethe[5]) der Abtretung des Gebrauches gegenüber.

1. Beide Institute haben das gemeinsam, daß das Miethobjekt vom Miether zur Benutzung einem Dritten weitergegeben wird. Nur die Rechtsstellung des Dritten ist verschieden. Der Gebrauchscessionar ist Rechtsnachfolger des Miethers in dessen Rechten gegenüber dem Vermiether. Er erlangt daher durch die Abtretung direkte Rechte gegen den letzteren (z. B. auf Ueberlassung des Gebrauchs der Sache, Vornahme der erforderlichen Ausbesserungen und überhaupt auf Gewährleistung). Der Untermiether steht nur in einem Rechtsverhältniß zu seinem Vermiether. Er hat von diesem gemiethet und hat gegen ihn nur die gewöhnlichen Mietherrechte. Wird ihm die Sache vom ersten Vermiether entzogen, so kann er sich auf Gewährleistung nur an seinen Kontrahenten halten[6]).

a) Demgemäß ist es nicht unwichtig, im Einzelfalle festzustellen, ob Untermiethe oder Gebrauchsabtretung vorliegt. Die Entscheidung ergibt sich aus dem Rechtsgrunde der Ueberlassung[7]). Ist der Gebrauch vermiethet, so liegt Untermiethe vor; in allen anderen Fällen (also wenn der Gebrauch verkauft, verschenkt rc. worden ist) Gebrauchscession[8]).

---

2) Abtretung des oben §§ 235, 238 Ziff. 1 erwähnten Gebrauchs- und Fruchtziehungsrechts. Dasselbe ist ein obligatorisches Recht — eine Forderung aus dem Miethvertrage. S. hinsichtlich der Abtretung die allgemeinen Regeln oben § 197 ff. insbes. § 198 Ziff. 1.

3) Zu letzterem wären die selbständigen Voraussetzungen der §§ 202 ff. oben erforderlich.

4) S. o. § 234 Ziff. 4 a.

5) Auch Aftermiethe, Afterpacht (sublocatio) genannt. Den Römern war die letztere Gestaltung allein bekannt, da bei ihnen die Abtretung der Forderungen noch kaum entwickelt war. Erst das neuere Recht hat die Gebrauchsabtretung daneben gestellt. Vgl. über die Untermiethe, die im röm. Recht allgemein zulässig war: l. 6 Cod. loc. 4, 65. Anders zum Theil schon Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 309 ff. Code Nap. Art. 1763 ff., Sächs. GB. § 1194 mit ähnlichen Schranken wie in unserem Gesetz.

6) Anderseits hat die Untermiethe auch Vorzüge. Sie gewährt dem Untervermiether unter Umständen das gesetzliche Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermiethers, im Gegensatz zur bloßen Abtretung des Miethgebrauchs.

7) Im Sinne von Bd. I § 74 i. f.

8) Die in der Cession liegende Verfügung (Zuwendung) setzt eine causa: eine entgeltliche oder unentgeltliche Art der Uebertragung voraus.

b) Da hiernach der Gebrauch auch unentgeltlich einem Dritten überlassen werden kann, so ist dieser Akt schließlich von der Aufnahme von Gästen, Annahme von Gehülfen und Dienstboten des Miethers, denen die Sache gelegentlich auch überlassen wird, zu unterscheiden. Dies ist keine Gebrauchscession. Entweder die Ueberlassung gehört zum eigenen vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers[9]) oder sie fällt gar nicht in den Bereich der Rechtssphäre[10]).

2. Diese Begriffsbestimmung ist nothwendig, weil das Gesetz die Untermiethe und Gebrauchsabtretung keineswegs dem freien Belieben des Miethers anheimgibt. Die Miethe ist ein Vertrauensverhältniß gerade in Ansehung der Person, welcher der Gegenstand überlassen wird[11]). Nicht Jedem gegenüber würde der Vermiether sich dazu verstehen. Es wird daher die Untermiethe und Gebrauchsabtretung gleichmäßig, falls nicht ein Anderes bedungen ist[12]), von der Erlaubniß des Vermiethers abhängig gemacht. Die Erlaubniß ist einseitige empfangsbedürftige Erklärung[13]) des Vermiethers[14]) und bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der Formen des Miethvertrages[15]). Sie kann auf Ueberlassung des Gebrauchs an eine einzelne oder einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt sein.

a) Wird die Miethsache unbefugt einem Dritten überlassen, so liegt darin ein vertragswidriger Gebrauch des Miethers, der den Vermiether nach allgemeinen Grundsätzen zu Schadensersatz, der Unterlassungsklage und eventuell sofortiger Kündigung berechtigt[16]). Daß die Miethsache in diesem Falle vom Dritten unmittelbar zurückgefordert werden kann, ist schon erwähnt[17]).

---

9) Derselbe kann das Haus oder Landgut standesmäßig oder zur gehörigen Bewirthschaftung nur mit geeignetem Dienstpersonal 2c. benutzen. Die Aufnahme dieser Leute versteht sich also von selbst.

10) So z. B. die Aufnahme von Gästen, Familiengliedern u. dgl. S. o. § 141 zu Note 12 ff. Anders bei Annahme eines Schlafburschen, selbst wenn sie nur gelegentlich geschieht.

11) Daher spricht man im Leben davon, daß man einen guten Miether oder Pächter habe! — Aus dem gesetzlichen Abtretungsverbot folgt auch ein Pfändungsverbot. § 851 CPO.

12) Auch indirekt, z. B. nach Maßgabe Ortssitte. — Die Untermiethe 2c. kann vertraglich auch ganz verboten sein. Dann ist sie nicht blos bei „wichtigen Gründen" in der Person des Dritten (s. u.) ausgeschlossen.

13) Um so mehr genügt eine Vertragsklausel. Ja letztere kann nach den Umständen stillschweigend selbstverständlicher Vertragsinhalt sein. S. ein Beispiel Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 354.

14) Daher ist sie auch, wenn einmal ertheilt, unwiderruflich, sofern sie nicht wegen Irrthums, Betrugs 2c. nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden kann.

15) Zustimmend Oertmann § 549 Note 3 i. f. Im Gegensatz zu der auf Grund der Erlaubniß erfolgenden Untervermiethung.

16) S. §§ 550, 553 BGB. u. oben § 237 Ziff. 2.

b) Anderseits soll die Erlaubniß zur Gebrauchsüberlassung vom Vermiether auch nicht willkürlich verweigert werden können. Die Weigerung ist ungerechtfertigt, wenn in der Person des Dritten kein wichtiger Grund[18]) dafür vorliegt. Die ungerechtfertigte Weigerung gibt dem Miether ein Kündigungsrecht ohne Rücksicht auf etwaige längere Dauer des Miethvertrages, jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist wie bei Verträgen mit unbestimmter Dauer[19]). § 549 Abs. 1 BGB. Ueber die Berechtigung zu dieser Kündigung (die hinreichende Wichtigkeit des Grundes) entscheidet nöthigenfalls das Gericht nach freiem Ermessen[20]).

Dem Pächter steht dieses Kündigungsrecht nicht zu. § 596 Abs. 1. Die Pacht ist in noch höherem Maße Vertrauensverhältniß als die Miethe[21]). An die Verweigerung der Erlaubniß ist daher ein Rechtsnachtheil nicht gebunden.

3. In allen Fällen — mag der Gebrauch rc. befugter oder unbefugter Weise überlassen sein — hat der Miether ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, wie wenn es sein eigenes wäre. § 549 Abs. 2[22]). Dagegen erlangt der Vermiether gegen den Dritten aus der Gebrauchsüberlassung[23]) keine Rechte[24]), außer demjenigen auf unmittelbare Rückgabe der Sache nach Beendigung des Miethverhältnisses. § 556 Abs. 3[25]).

---

17) § 556 Abs. 3 BGB. S. o. § 237 i. f. — Das persönliche Verhältniß zwischen dem Miether und dem Dritten wird dadurch nicht aufgehoben, vielmehr nur dem Miether die geschuldete Leistung unmöglich. Er haftet dem Dritten auf Gewährleistung.

18) In Betreff der „wichtigen Gründe" s. schon oben Bd. I § 13 Note 6, § 51 Note 17. Solche sind hier z. B. Liederlichkeit der Frauensperson, an die untervermiethet wird, ansteckende Krankheit des Untermiethers, Betrieb eines unangenehmen oder anrüchigen Gewerbes rc. Befürchtete Zahlungsunfähigkeit des Dritten allein genügt nicht. Darüber hinaus muß Vermiether von vornherein (im Miethvertrag) die Ueberlassung ausschließen. S. o. Note 12. — Weigerung in blanco (ohne Bezug auf einen bestimmten Untermiether rc.) ist erst recht eine ungerechtfertigte. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 314, Bd. 41 S. 250.

19) Also nach Maßgabe der §§ 564 Abs. 2, 565 BGB. S. u. § 245 Ziff. III.

20) Die Natur der Sache ergibt regelmäßig, daß der Vermiether den Grund angeben und eventuell beweisen muß, aus dem er den Untermiether rc. beanstandet.

21) Vgl. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 88 ff., insbes. für den Fall der Theilpacht.

22) Er haftet also dem Vermiether kontraktlich (nach den Grundsätzen §§ 237 ff.) und nach den Regeln der unerlaubten Handlungen.

23) Dagegen möglicherweise außervertraglich nach den Regeln der unerlaubten Handlungen wegen schuldhafter Beschädigung der Sache rc. § 823 BGB.

24) Weil keine Schuldübernahme vorliegt. S. o. Note 3. Wohl hat der Gebrauchscessionar unter Umständen Rechte gegen ihn (s. o. vor Note 6).

25) S. o. § 237 i. f.

2. Veräußerung und Belastung der Miethsache*.

§ 242.

a) Die maßgebenden Grundsätze.

Wenn das Mieth- oder Pachtobjekt[1]) vom Herrn veräußert wird, so hebt dies den Vertrag zwischen dem Miether und Vermiether nicht auf. Es tritt nur dadurch unter Umständen für den Vermiether die Unmöglichkeit der ferneren Gebrauchsgewährung (also seiner vertragsmäßigen Leistung) ein[2]). Der Erwerber des Gegenstandes ist nach allgemeinen Grundsätzen an den Vertrag nicht gebunden[3]).

Dieser Zustand ist unerquicklich. Er begünstigt den Vertragsbruch[4]) und schädigt die wichtigsten sozialen Interessen[5]), jedenfalls dann, wenn die Sache dem Miether bereits zum Gebrauche überlassen war[6]). Heutzutage, wo die halbe Welt zur Miethe wohnt und die wichtigsten gewerblichen Betriebe in gemietheten Räumen stattfinden, bedarf der Miether eines Schutzes gegen willkürliche Austreibung seitens des neuen Herrn. War der Miether noch gar nicht mit der Sache in Berührung gekommen, so mag der Kontraktbruch durch Geldentschädigung gesühnt werden, falls sich der Miether nicht anderweit gesichert hat[7]).

---

*) Crome, Die juristische Natur der Miethe nach d. BGB. (1896), auch in Jhering's Jahrb. Bd. 37 S. 1; Schollmeyer S. 51ff.; Rönnberg, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 78ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 424ff.; Romeick, Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitete Schuld (1902).

1) Der Vereinfachung halber reden wir im Allgemeinen nur von der Miethe. S. § 241 Note 1. Bei Immobilien auch meist nur von Grundstücken (§ 571 BGB.) schlechtweg; nicht auch von Räumen, die nach § 580 den Grundstücken gleichstehen.

2) Und zwar eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit, insofern die Veräußerung auf seiner freien Entschließung beruht. Daher haftet der Vermiether regelmäßig auf Schadensersatz.

3) Dies war der Standpunkt des röm. Rechts (vgl. l. 12. 18 pr. Dig. de vi 43, 16; Ziebarth, Realexekution u. Obligation S. 126ff.). In der gemeinen Praxis versuchte man allerlei Abmilderungen. Vgl. Fischer, Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? (1888).

4) Daher sagt man: „Kauf bricht Miethe". Der Ausdruck ist vom Kontraktbruch zu verstehen; denn der Miethvertrag an sich besteht fort und erzeugt eine Entschädigungsforderung (s. o.).

5) Diese traten im röm. Rechte weniger hervor, da dort nur geringe Leute zur Miethe wohnten.

6) Hieran haben die meisten modernen Rechte angeknüpft. So das Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 2ff., indem es von diesem Augenblicke an dem Miether ein dingliches Recht gab (s. Crome a. a. O. S. 5ff. u. Cit.) und der Code Nap. Art. 1793 ohne diese Verirrung (s. das. S. 9).

7) Dies kann er z. B., indem er sich beim Vertragsabschluß die Ueber-

1. Aus dem Grundgedanken ergibt sich, daß die Ueberlassung hier nur als Besitzübergabe in Betracht kommt. Der Pächter eines Rechts oder der Miether, der überhaupt keinen Besitz erlangt[8]), genießen den besprochenen Schutz nicht. Werden sie in Folge Veräußerung des Gegenstands ihres Gebrauches entsetzt, so können sie sich nur auf Entschädigung an den Vertragsgegner halten. Ebenso regelmäßig jeder Miether vor erfolgter Einräumung des Miethbesitzes[9]).

2. Bei Mobilien macht sich der hier geforderte Schutz des Miethers sehr einfach. Das heutige Sachenrecht gibt dem Erwerber der Miethsache nicht mehr die unbegrenzte Durchführung seines Eigenthumsanspruchs frei[10]), sowenig wie einem nichtbesitzenden Eigenthümer überhaupt[11]). Der Miether, der sich im Besitz der Sache befindet, hat eine stärkere Rechtsstellung als der Eigenthümer, der sie ohne Besitzübergabe[12]) vom Vermiether erwarb. Will der neue Eigenthümer solchenfalls dem Miether die Sache mit Rücksicht auf sein Eigenthumsrecht abfordern, so steht ihm die Einwendung des Miethrechts geradeso entgegen, wie seinem Cedenten (dem Vermiether). § 986 Abs. 2[13]).

3. Bei Immobilien (Grundstücken, Wohnräumen und anderen Räumen) stellt unser Gesetz[14]) den Grundsatz auf: „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571 ff., 579, 580), indem es die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß an den Erwerb des Miethgrundstücks anknüpft[15]), sodaß der Miether gegenüber dem jeweiligen Eigen-

lieferung der Miethsache unter Vertragsstrafe ausbedingt. Bei Immobilien kann er dann den Anspruch auf die Vertragsstrafe durch Sicherungshypothek auf das Grundstück eintragen lassen. S. Crome a. a. O. S. 33.

8) S. o. § 235 Note 2.

9) Arg. §§ 571, 986 Abs. 2 BGB. u. a contr. § 578.

10) Wie dies im röm. Recht der Fall war (ubi rem meam invenio ibi vindico). Das allgemeine Prinzip der Beschränkung ist im Sachenrecht auszuführen. Jedenfalls ist die Klage des Erwerbers der Miethsache die Vindikation (§§ 986 ff. BGB.). Er zieht gegen den Miether die Konsequenzen seines Eigenthumsrechts.

11) Dies beruht auf der erhöhten Bedeutung, die der Besitz im Mobiliarsachenrecht überhaupt hat. S. darüber im Hinblick auf die vorliegende Frage Crome a. a. O. S. 60—76.

12) Also nach § 931 BGB.

13) Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz § 404 BGB. S. o. § 200 Ziff. II. Einer besonderen Vorschrift im Miethrecht bedurfte es hierneben nicht.

14) Nach mehrfachen Schwankungen. S. Crome a. a. O. S. 10 ff.

15) Entsprechend bei Belastung des Miethgrundstücks an den Erwerb des betreffenden dinglichen Rechts, sodaß dessen Inhaber die Vermietherrechte hat. — Im Falle der Belastung wird die Frage übrigens nur praktisch, wenn durch die Ausübung des dinglichen Rechts der vertragsmäßige Gebrauch des Miethers beeinträchtigt wird (was z. B. bei einer Belastung mit Hypothek regelmäßig nicht der Fall ist). S. § 577 BGB. — Daß der Erwerb

thümer dieses Grundstücks nach dem Miethvertrage berechtigt und verpflichtet wird. Umgekehrt hat der Eigenthümer die entsprechenden Rechte gegenüber dem Miether[16]). Voraussetzung dieser Gestaltung ist nur, daß die Miethe zur Zeit der Veräußerung oder Belastung der Miethsache schon bestand — was gegenüber Dritten in unzweifelhafter Weise hervortreten (erkennbar sein) muß. Dazu dient und genügt die einmal erfolgte Gebrauchsüberlassung an den Miether (§ 571). Hier deckt sich das rechtliche und wirthschaftliche Bedürfniß! Durch die Ueberlassung erlangt der Miethvertrag ein sicheres Datum gegen Dritte: den Erwerber des Grundstücks[17]). Zugleich werden die wirthschaftlichen Interessen des Miethers geschützt, der sich schon auf dem Grundstück einrichtet[18]).

---

des Grundstücks stets ein rechtsgeschäftlicher sein müsse, behauptet Romeick S. 73 ff. Dagegen Dernburg § 223 Note 1; Hellwig S. 435. Die ausdehnende Auslegung des § 571 BGB. in dieser Beziehung ist berechtigt.

16) S. über diese Konstruktion bereits im Zusammenhang oben § 138 Note 23 ff. Sie ist die geschichtlich gegebene; es ist erwiesen, daß die Redaktoren sie zu Grunde legten (vgl. Prot. Bd. 2 S. 139 ff., 143, 149, 153) und sie steht mit den Vorschriften des Gesetzes im Einklang. Zustimmend Schollmeyer S. 51; Dernburg § 222; Planck, Oertmann zu § 571 und viele Andere. A. M. Romeick (für abgeleitete Schuld). Indeß sein Hauptgrund (oben Note 15 i. f.) ist bestritten. Wäre er aber auch zutreffend, so kann doch (s. § 138 Note 23) der „Zustand" ein auf Rechtsgeschäft beruhender sein. Ueberdies definirt Romeick seine „abgeleitete Schuld" S. 28 als eine neben die ursprüngliche Beziehung des Miethverhältnisses gelagerte. Dies ist in § 556 Abs. 3 BGB. (s. o. § 239 Note 47), nicht aber hier der Fall. Nach § 571 Abs. 2 wird der Miether befreit. Dies widerspricht auch der Theorie Hellwig's S. 427 ff.: das Miethverhältniß bleibe zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen, und es gingen nur einzelne Rechte und Pflichten über. S. auch u. § 243 Note 47. — Irrig ist die Annahme einer gesetzlichen Abtretung der Vermietherrechte und Pflichten (Cession und Schuldübernahme). Denn der Erwerber der Sache ist keineswegs an alle Rechtshandlungen des ursprünglichen Vermiethers gebunden (§§ 573 ff. BGB.). — Gegen die Theorie der Dinglichkeit des Miethrechts s. schon oben § 234 Note 5.

Selbstredend tritt der neue Erwerber der Sache im Allgemeinen in das Miethverhältniß so ein, wie es sich im Moment des Eintritts beim Vermiether gestaltet hatte (also mit den zwischenzeitlichen Veränderungen). Näheres unten.

17) Zur Verhinderung einer Schädigung des Erwerbers der Miethsache durch Vordatirung des Miethvertrags (als habe letzterer zur Zeit des Erwerbs der Miethsache schon bestanden).

18) Entweder schon damit begonnen hat oder im Begriffe steht, sich auf dem Grundstück einzurichten. Es muß mindestens das Grundstück zum unmittelbaren Einzug des Miethers bereitgestellt sein. Bei verschlossenen Grundstücken wird dazu auch wohl Schlüsselübergabe gehören. Nach § 854 Abs. 2 BGB. wird die Bereitstellung meist schon der Besitzübergabe gleichkommen. Romeick S. 62 ff. hatte also keinen Grund, zu schließen, ich wolle das Gegentheil sagen. Meine Beweisführung in Jhering's Jahrb. Bd. 37 S. 34 ff. bezog sich auf andere Dinge: es ist nicht erforderlich, daß von der Ueberlassung der Sache ab der Miether im Besitze bleibt. Dieser Ausführung haben sich angeschlossen Dernburg § 223 I Ziff. 2; Kohler, Ztschr. f. bürg. Recht Bd. 18 S. 109. Der Besitz wird vom Gesetz hier nicht als Publizitätsmittel aufgestellt, und der Wortlaut des § 571 ist klar (man wollte sogar die alte Streitfrage durch präzise Fassung des Gesetzes erledigen). A. M. Hellwig S. 424

Selbstverständlich muß der Miether auch einen schriftlichen Miethvertrag für sich haben: sonst kann ihm zum (resp. nach) Schluß des ersten Miethsjahrs gekündigt werden[19]). § 566 BGB.

a) Die vorstehenden Regeln sind nicht ausschließlich. Das Gesetz läßt zu, daß auch vor Ueberlassung des Grundstücks an den Miether der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" in einem gegebenen Falle vertragsmäßig eingeführt wird. § 578. Und zwar bedarf es dazu nur einer Vereinbarung des Vermiethers mit dem Grundstückserwerber[20]). Die Uebernahme der Verpflichtung, die Miethe zu halten, gegenüber dem Vermiether, wirkt kraft Gesetzes auch zu Gunsten des Miethers: wie wenn ihm der Miethgebrauch zur Zeit der Verfügung über das Grundstück schon überlassen wäre[21]).

b) Umgekehrt ist der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" auch nach der Ueberlassung der Sache an den Miether nicht zwingend. Er kann im Miethvertrage ausgeschlossen werden[22]). Dann hat der Miether bei der Austreibung nicht einmal Schadensersatzansprüche[23]).

§ 243.

b) Der Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" bei Immobilien im Einzelnen.

I. In Folge des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571, 578 BGB.) tritt der Erwerber der Miethsache[1]) kraft Gesetzes[2]) an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines

---

mit treffenden Bemerkungen gegen Planck, sonst aber nicht überzeugend. S. dagegen jetzt auch Romeick S. 61 ff., 68 ff.

19) S. §§ 566 i. f., 564 Abs. 2, 565 BGB. Mit Beobachtung der gewöhnlichen Kündigungsfrist.

20) Dem Erwerber des Eigenthums oder der in Note 15 besprochenen dinglichen Rechte am Grundstück.

21) Also nach Anleitung des § 571 Abs. 1 BGB. und dessen Konstruktion, — nicht nach den Regeln eines Vertrags zu Gunsten Dritter. Unser Institut ist ein einheitliches. S. auch Crome a. a. O. S. 39 ff.; Oertmann § 578 Note 2; Dernburg § 224 Ziff. III.

22) Auch diese Klausel kann wirthschaftliche Gründe haben, z. B. wenn der Vermiether unter Umständen nothwendig Geld braucht und deshalb verkaufen muß. Mancher miethet das Haus lieber unter der Klausel, als daß er es gar nicht erhält. — S. noch § 243 Note 2.

23) Oder nur bestimmte bedungene Rechte, z. B. auf Umzugskosten oder eine dafür vorgesehene feste Summe.

1) S. o. § 242 Note 1 u. 15. Aeußerstenfalls (nach § 928 BGB.) ist auch der Fiskus der Erwerber.

2) Eine entgegengesetzte Vereinbarung zwischen Vermiether und Erwerber ist dem Miether gegenüber unwirksam, falls er nicht zustimmt (was er auch nachträglich kann).

Eigenthums aus der Miethe ergebenden Rechte und Pflichten ein. § 571 Abs. 1. Der Eintritt erfolgt mit dem Eigenthumserwerb des Dritten[3]), gleichgültig aus welchem Grunde er erwarb (Kauf, Schenkung &c.). Nur bei unfreiwilligen Uebertragungen (auf Grund einer Zwangsversteigerung oder im Konkurse) gelten besondere Grundsätze. S. u. Ziff. II u. III.

1. Der Eintritt in die Vermietherstellung bedeutet, daß vom Moment des Eigenthumsübergangs ab der Vermiether aus dem Miethverhältniß ausscheidet und der Erwerber in dasselbe eintritt. Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf das Miethverhältniß nach seinem dermaligen rechtlichen Bestande, also mit allen Veränderungen, die es möglicherweise inzwischen erlitten hat[4]). Es bezieht sich auch nur auf die sich daraus vom Moment des Eigenthumswechsels an[5]) ergebenden einzelnen Rechte und Pflichten: der Erwerber hat also weder für Rückstände seines Vorgängers aufzukommen[6]), noch auf solche (z. B. auf den Miethzins für die frühere Zeit) Anspruch[7]). Aber für die Zukunft kann sich der Miether grundsätzlich nur an den Erwerber halten und nur von diesem belangt werden[8]).

Immerhin war dieser Grundsatz nicht unbeschränkt durchführbar.

a) Der Uebergang der Vermietherpflichten auf den Erwerber des Grundstücks führt nicht sofort die völlige Entlastung des bisherigen Vermiethers herbei. Denn jeder Schuldnerwechsel hat für den Gläubiger etwas Mißliches, und soll daher nicht über seinen Kopf

3) Also mit Auflassung und Eintragung zum Grundbuch. § 873 BGB.

4) Z. B. durch spätere Verabredungen des Miethers mit dem Vermiether nach Abschluß des Miethvertrages; es sei denn, daß eine Kollusion gegenüber dem Erwerber vorliegt. Solchenfalls kann sich der Miether auf die Klauseln auch dem Erwerber gegenüber nicht berufen. Dernburg § 223 I Ziff. 3; Hellwig, Rechtskraft S. 243 Note 6.

5) Bei Weiterveräußerung des Grundstücks tritt nach § 579 BGB. der neue Erwerber entsprechend an die Stelle. S. u. Ziff. 3.

6) Nur ist zu beachten, daß die Nichterfüllung der Vermietherleistungen häufig Verpflichtungen des Nachfolgers erzeugt. Z. B. eine unterlassene Ausbesserung des Hauses ist nicht in dem Sinne erledigt, daß der Erwerber den Miether wegen dieses „Rückstands" an seinen Vorgänger verweisen könnte; sondern er muß die Reparatur selbst vornehmen, da er von nun an den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren hat. Aber z. B. für einen verwirkten Schadensersatz bleibt der Vorgänger ausschließlich haftbar.

7) Erfolgt die Veräußerung in einer Miethzinsperiode, so hat der Erwerber den demnächst fälligen Miethzins einzuziehen. Vertheilung nach Bd. I § 70.

8) Der Erwerber hat jetzt die aus vertragswidrigem Gebrauch des Miethers &c. entspringenden Schadensersatz- und Kündigungsrechte (s. o. § 237). Er tritt sogar nach Maßgabe des § 572 BGB. in die Rechtsstellung des Vermiethers an einer vom Miether für gehörige Vertragserfüllung geleisteten Sicherheit ein. Kündigung des Miethers hat an den neuen Eigenthümer zu erfolgen (irrig Rönnberg S. 78 ff.).

hinweg geschehen[9]). Zwar bleibt der bisherige Eigenthümer hier nicht Vermiether[10]); doch haftet er, wenn der Erwerber die Vermietherpflichten nicht erfüllt, für den etwaigen Schadensersatz als Bürge[11]). Anderseits kann er sich von dieser Haftung befreien, indem er dem Miether von dem Eigenthumswechsel Mittheilung macht[12]). Wenn dann der Miether das Verhältniß nicht zum ersten zulässigen[13]) Termin kündigt[14]), so wird der frühere Vermiether von der Bürgschaft befreit. § 571 Abs. 2.

b) Wie der Erwerber nicht den Miethzins fordern kann, der aus der Zeit vor dem erfolgten Eigenthumsübergang des Grundstücks rückständig ist[15]), so ist er anderseits auch nicht gebunden durch Vereinbarungen des Miethers mit dem früheren Vermiether, die sich auf den Miethzins für die Zeit nach dem Eigenthumswechsel beziehen[16]). Derartige Geschäfte sind, wenn auch vor dem Eigenthumswechsel[17]) geschlossen, doch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber unwirksam. Jedoch mit folgenden Einschränkungen:

α. Eine Verfügung[18]), die der ehemalige Vermiether vor dem Eigenthumsübergang über den nach dieser Zeit verfallenden Miethzins getroffen hat, ist gegen den Erwerber insoweit wirksam, als sie sich auf das zur Zeit des Eigenthumsübergangs laufende und das darauf folgende Kalendervierteljahr bezieht[19]). Und selbst darüber

---

9) Daher z. B. keine Schuldübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers. S. o. §§ 202 ff.

10) Er bleibt weder Hauptschuldner noch haftet er mit dem Erwerber des Grundstücks zusammen als Mit- oder Gesammtschuldner (wie z. B. in § 419 BGB.).

11) Und zwar wie ein solcher, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. S. § 773 Ziff. 1 BGB. u. unten § 296 Ziff. 3. Der Ausdruck: „wie" ist sprachlich durch den Nachsatz bedingt. Der ursprüngliche Vermiether hat kraft Gesetzes Bürgenstellung.

12) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. Selbstverständlich unter Angabe des Erwerbers, damit der Miether sich über dessen Persönlichkeit erkundigen kann.

13) Ein besonderes Kündigungsrecht wegen der Veräußerung besteht nicht.

14) Selbstverständlich ordnungsmäßig, z. B. unter Einhaltung der gehörigen Kündigungsfrist.

15) S. o. bei Note 7.

16) Denn der Erwerber ist nicht Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vermiethers. S. o. § 242 Note 16. Der Satz: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet findet hier sowenig wie in den Fällen Bd. I § 63 Note 18 u. 21 Anwendung.

17) Und selbstverständlich ohne Dolus!

18) Z. B. Abtretung, Verpfändung der Miethzinsforderung ꝛc. — Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht auch hier eine solche gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wider den Vermiether erfolgt. Arg. § 135 Abs. 1 BGB.

19) Solche Verfügungen sind im Verkehr nicht ungewöhnlich. — Zu beachten

hinaus, soweit der Erwerber zur Zeit des Eigenthumsübergangs von der Verfügung Kenntniß hatte[20]). § 573.

β. Geschäfte, die der frühere Vermiether[21]) mit dem Miether vor dem Eigenthumsübergang über den künftigen Miethzins geschlossen hat[22]), sind dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Eigenthumsübergang Kenntniß erlangt[23]), und auf das folgende Vierteljahr beziehen. Ja selbst wenn das Geschäft erst nach vollzogenem Eigenthumswechsel geschlossen wurde[24]), kann der Miether es dem Erwerber im obigen Umfang[25]) entgegensetzen, wenn er zur Zeit der Vornahme des Geschäfts von dem Eigenthumswechsel keine Kenntniß hatte. § 574.

Der Erwerber, der das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen will, muß den Beweis der Kenntniß des Miethers führen.

γ. Soweit der Miether sich hiernach dem Erwerber gegenüber auf die Zahlung des Miethzinses an den ursprünglichen Vermiether berufen kann[26]), darf er gegen die Miethzinsforderung des Erwerbers auch eine Forderung[27]) aufrechnen, die ihm gegen den früheren Vermiether zusteht[28]). Und war selbst dann, wenn er die Forderung

---

ist, daß sich die Vorschrift nur auf das Verhältniß des Miethers zum Erwerber bezieht. Zwischen dem Veräußerer und Erwerber entscheidet der Inhalt des der Veräußerung zu Grunde liegenden Geschäfts (z. B. oben § 214).

20) Dann ist er dadurch nicht geschädigt. — Fahrlässige Unkenntniß genügt nicht.

21) Oder dessen Cessionar. Planck § 474 Note 2; Oertmann Note 5.

22) Z. B. Zahlungsannahme, Erlaß ꝛc. Obschon darin auch eine Verfügung über den Miethzins (im Sinne von lit. α) liegen kann. Durch § 574 wird der Schutz des Miethers noch erhöht. Soweit § 573 daneben paßt, ist auch dieser anwendbar. S. auch Oertmann § 574 Note 1c.

23) Nicht blos für die Quartale zur Zeit des wirklich erfolgten Eigenthumsübergangs! Der Miether kann sich noch auf seinen späteren guten Glauben berufen. S. auch weiter im Text.

24) Nach lit. α (§ 573) wäre es dann dem Erwerber gegenüber jedenfalls unwirksam. Gleichwohl soll sich der gutgläubige Miether (aus ähnlichen Gründen wie nach § 407 BGB. ein cedirter Schuldner) dem neuen Gläubiger gegenüber darauf berufen können.

25) Also nicht über die Zeit der zwei Quartale seit der Kenntnißerlangung hinaus. § 574 S. 2 empfängt seinen näheren Inhalt aus Satz 1. Ein Miether, der sich auf ein Geschäft für längere Zeit einläßt, thut dies auf seine Gefahr.

26) S. o. lit. β. — Also für einen Betrag des Miethzinses bis einschließlich der zwei Quartale zur Zeit der Kenntnißerlangung vom Eigenthumsübergang.

27) Jeder Art! Nicht blos eine Forderung aus dem Miethvertrage, wie die ehemalige preuß. Praxis annahm. Zustimmend Dernburg § 223 II Ziff. 3; Oertmann § 575.

28) Diese Bestimmung entspricht derjenigen zu Gunsten des cedirten Schuldners in § 406 BGB.

erst nach dem Eigenthumswechsel gegen den ursprünglichen Vermiether erwarb; es sei denn, daß ihm beim Erwerb der Forderung der Eigenthumswechsel bekannt war[29]), oder daß er ihn zwar nicht kannte, die Forderung aber erst nach Erlangung dieser Kenntniß und später als der geforderte Miethzins fällig wird[30]). § 575.

c) Möglich ist anderseits, daß dem Miether vom Vermiether eine Mittheilung über den Eigenthumswechsel des Miethgrundstücks gemacht wird[31]), die sich hinterher als unzutreffend herausstellt[32]). In diesem Falle muß der Vermiether in Ansehung des Miethzinses[33]) die angezeigte Uebertragung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder unwirksam ist[34]). Ja die Mittheilung kann nur mit Zustimmung des bezeichneten Erwerbers wieder zurückgenommen werden[35]). § 576.

2. Ebenso wie ein Eigenthumswechsel wird der Fall behandelt, wenn der Vermiether einem Dritten ein sonstiges dingliches Recht am Miethgrundstücke bestellt[36]), dessen Ausübung den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigt[37]). § 577. Das Miethrecht als eine Forderung steht hinter diesen Rechten nur in demselben Umfang zurück, als es auch dem Eigenthum des Dritten weichen müßte. Also

a) Wird durch die Ausübung des dinglichen Rechts[38]) dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Miethsache gänzlich entzogen[39]), so tritt der dinglich Berechtigte nach den entwickelten Grundsätzen für

---

29) Entsprechend oben lit. β nach Note 25.

30) Aus ähnlichen Gründen wie in § 406 BGB. S. o. § 200 zu Note 36 ff.

31) S. o. lit. a, wo auch der Grund der Mittheilung erhellt. Sie ist ein Mittel, um den Vermiether bei nächster Gelegenheit (vgl. § 571 i. f.) von seiner bürgschaftlichen Haftung zu befreien.

32) Z. B. die Mittheilung geschah im Voraus und die Uebertragung kam hinterher nicht zu Stande. Oder letztere ist unwirksam.

33) Also der Miether ist befreit, wenn er den Miethzins an den bezeichneten Erwerber zahlte u. s. w.

34) Dieser Schutz des Miethers entspricht demjenigen zu Gunsten eines cedirten Schuldners in § 409 BGB.

35) Der Miether würde sonst das Opfer eines fremden Streits, falls hinterher die Richtigkeit der Rücknahme in Frage steht. — Weitere Schutzmittel des Miethers, z. B. aus § 893 BGB., werden dadurch nicht ausgeschlossen.

36) Belastung des Grundstücks im Gegensatze zur Veräußerung. In Betracht kommen vor Allem die Bestellung eines Erbbaurechts, eines Nießbrauchs und beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten z. B. eines Gebrauchs- und Wohnungsrechts.

37) Andernfalls bleibt das Miethverhältniß von der Belastung unberührt.

38) D. h. durch die nach der Natur des Rechts mögliche, nicht die zufällige wirkliche Ausübung von Seiten des Berechtigten.

39) Z. B. durch Nießbrauch, Erbbaurecht.

die Dauer seines Rechtes in das Miethverhältniß ein, hat also die Vermietherpflichten und Anspruch auf den Miethzins ꝛc.[40]).

b) Wird durch die Ausübung des dinglichen Rechts dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Miethsache nur beschränkt[41]), so tritt ein Wechsel der Parteirolle nicht ein. Die Person des Vermiethers bleibt also dieselbe. Daneben wird der Dritte dem Miether persönlich verpflichtet, die Ausübung seines Rechts insoweit zu unterlassen[42]), als diese den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigen würde[43]). § 577 i. f.

3. Wird die Miethsache vom dritten Erwerber weiter veräußert oder in einer den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigenden Weise belastet, so gelten entsprechend die obigen Grundsätze auch in Ansehung des weiteren Erwerbers. D. h. auch dieser tritt in demselben Umfang während der Dauer seines Rechts in die sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Pflichten ein[44]). Doch haftet der frühere Erwerber für den späteren nicht (nach § 571 Abs. 2) als Bürge: die Garantiepflicht bleibt auf den ursprünglichen Vermiether beschränkt[45]). Letzterer haftet bis zu seiner Entlastung[46]) auch für die Nichterfüllung seitens der späteren Erwerber. § 579 BGB.[47]).

II. Auf eine Veräußerung des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung sind die obigen Grundsätze nur mit Beschränkung anwendbar. Müßte hier vom Ersteher[48]) unbedingt die Miethe gehalten

40) Letzteres selbst dann, wenn er dem Eigenthümer gegenüber auf den Miethzins (als Frucht) keinen Anspruch hat. Z. B. als bloßer Wohnungsberechtigter. Solchenfalls muß er ihm den Miethzins herausgeben, falls er ihn nicht nach der konkreten Sachlage als Ersatz für nicht gewährten Gebrauch ꝛc. behalten darf. Letztere Möglichkeit übersieht Oertmann § 577 Note 1 a, der eine Mitberechtigung konstruirt. Gegen diese spricht auch der Wortlaut des § 577.

41) Wie z. B. bei Einräumung von Grunddienstbarkeiten und sog. irregulären Personalservituten.

42) Nur insoweit tritt er: also in Ansehung der Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung (s. o. § 235) in die Miethe ein. — Erklärlich genug: denn ultra posse nemo tenetur. Was sollte er sonst gewähren?

43) Selbstredend steht seiner etwaigen Geltendmachung des dinglichen Anspruchs wider den Miether diese Verpflichtung auch als Einwand entgegen.

44) Nach Maßgabe von Ziff. 1 oben (also in ihrem gegenwärtigen Bestande).

45) Als den Kontrahenten. Dies folgt aus inneren Gründen und aus dem unzweifelhaften Wortlaut des § 579.

46) Nach Maßgabe von Ziff. 1 a.

47) Also solange der ursprüngliche Vermiether bürgschaftlich überhaupt noch haftet, haftet er für jeden späteren Erwerber der Miethsache; nachher haftet weder er selbst noch ein anderer für den jeweiligen letzten Berechtigten.

48) Durch eine bloße Zwangsverwaltung des Grundstücks werden die Rechte des Miethers nicht berührt. § 152 Abs. 2 d. Ges. v. 24. März 1897.

werden, so würde sich nicht leicht ein Käufer finden, jedenfalls der Preis des Grundstücks erheblich sinken. Dies benachtheiligte dann wieder empfindlich die Gläubiger und schädigte den ganzen Realkredit. Daher ist hier zwischen den verschiedenen Interessen zu vermitteln[49]). Dies geschieht durch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897.

War hiernach dem Miether zur Zeit der Beschlagnahme des Grundstücks[50]) das letztere bereits zum Gebrauche ꝛc. überlassen[51]), so tritt zwar der Ersteher grundsätzlich nach Maßgabe der obigen Regeln[52]) in die Miethe ein[53]). Er ist jedoch berechtigt, dem Miether unter Einhaltung der gesetzlichen Frist[54]) zu kündigen[55]). Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist.[56]). § 57 d. Ges.

Auf der anderen Seite kann der Miether sich am Verfahren betheiligen, um seine Interessen wahrzunehmen. Er kann beantragen, daß das gesetzliche Kündigungsrecht durch die Versteigerungsbedingungen[57]) ausgeschlossen oder beschränkt werde. Allerdings wird dieser Antrag nur dann durchdringen, wenn dadurch die Rechte anderer Betheiligten nicht beeinträchtigt werden oder wenn diese zustimmen. Eventuell ist das Grundstück auf beide Arten (mit oder ohne Kündigungsrecht des Erstehers) auszubieten, und der Zuschlag demjenigen

---

49) Der Miether seinerseits kann wegen der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nicht kündigen. — Es bleibt ihm überlassen, um allen Belästigungen zu entgehen, das Grundstück selbst anzusteigern.

50) D. i. der Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung in das Grundstück angeordnet wird. Vgl. §§ 20 ff. d. Ges.

51) Im Sinne des § 571 BGB. — War eine Ueberlassung noch nicht erfolgt, so wird die Miethe hier sowenig wie regelmäßig bei freiwilliger Veräußerung des Grundstücks berücksichtigt.

52) Die §§ 571—575 BGB. (mit Ausnahme des § 573 Satz 2) finden Anwendung.

53) Für die Zeit vom Eigenthumsübergang, d. i. hier der Verkündung des Zuschlagsbescheides an.

54) S. §§ 565, 595 BGB. Falls nicht nach Inhalt des Miethvertrags noch günstigere Kündigungsbedingungen bestehen. — Er kann also den Miether unter Beobachtung der gewöhnlichen Kündigungsfrist austreiben. Für die Dauer der Kündigungsfrist aber hat er die Vermiethherstellung. — Eine Austreibung des Miethers während der Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens durch den dasselbe betreibenden Gläubiger ist unzulässig. Ja der betreibende Theil kann sogar noch nach der Beschlagnahme des Grundstücks vermiethen (z. B. um es zu verwerthen). Arg. § 24 d. Ges.

55) Dieses Kündigungsrecht kann im Miethvertrage nicht ausgeschlossen werden.

56) Der Ersteher des Grundstücks muß sich also alsbald über die Kündigung schlüssig machen.

57) Vgl. §§ 44 ff. d. Ges.

zu ertheilen, der das günstigste Gebot macht. S. § 9 Ziff. 2, § 59 d. Ges.

III. Geschieht die Veräußerung im Konkurs über das Vermögen des Vermiethers, so wirkt, wenn die Ueberlassung der Sache an den Miether zur Zeit der Eröffnung des Konkurses schon erfolgt war[58]), der Vertrag auch gegenüber der Konkursmasse[59]). Die Veräußerung durch den Konkursverwalter wirkt wie eine Zwangsversteigerung (Ziff. II). § 21 Abs. 1 u. 3 KO. Der Erwerber des Grundstücks kann also den Miether unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist austreiben[60]), falls ihm nicht unter anderen Bedingungen verkauft ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten zulässigen Termin erfolgt[61]).

D. Gesetzliche Pfandrechte.*

§ 244.

Seit Alters her hat der Vermiether und Verpächter eines Grundstücks ein gesetzliches Pfandrecht[1]) an den auf das Grundstück eingebrachten Sachen des Miethers ꝛc., bei der Pacht auch an den Früchten des Grundstücks, zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Vertrage. Der Umfang dieses Rechts hat vielfach geschwankt[2]). Das Maß der gegenwärtigen Anerkennung ist folgendes.

---

58) War die Ueberlassung noch nicht erfolgt, so wird der Miethvertrag wie jeder andere vom Gemeinschuldner geschlossene und von den Parteien beiderseits noch nicht vollständig erfüllte zweiseitige Vertrag behandelt. Also nach § 17 KO.

59) Eine Besonderheit enthält § 21 Abs. 2 KO. Danach braucht der Konkursverwalter Vorausverfügungen über den Miethzins, Einziehung und Aufrechnung desselben mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nur anzuerkennen, soweit es sich um den Miethzins für das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr handelt. S. o. I Ziff. 1b. — Der Miethzins ist an die Masse zu zahlen. S. o. Note 54 i. f.

60) S. o. Note 54 ff.

61) Wegen Konkurses des Miethers s. u. § 245 zu Note 38 ff.

*) Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers, des Verpächters ꝛc. (1900) in Fischer, Ges. Abh. Bd. 5 S. 530.

1) Die ältere Auffassung, als handele es sich um stillschweigende Verpfändung, war schon im späteren gemeinen Recht aufgegeben. — Von den Wirkungen dieses, wie der Pfandrechte überhaupt, ist erst im Sachenrecht zu reden. Vgl. § 1257 BGB. Hier sind nur die Voraussetzungen zu besprechen. — Das Pfandrecht kann durch Verabredung der Miethsparteien ausgeschlossen werden.

2) Vgl. l. 4 pr. Dig. in quib. caus. 20, 2; l. 7 Cod. desgl. 8, 14. Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 395, Code Nap. Art. 2102; preuß. Ges. v. 12. Juni 1894. Das sächs. GB. § 1228 gewährte nur ein Zurückbehaltungsrecht. Damit begann eine Strömung gegen das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers; doch hat dieselbe

I. Bei der Miethe (§§ 559ff.).

Der Vermiether eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder anderen Raumes (§ 580) hat für seine Forderungen aus dem Miethverhältniß[3]) kraft Gesetzes ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers. Andere Dinge als Sachen können nicht auf das Grundstück resp. in den Raum „eingebracht" werden[4]); auf sie erstreckt sich also das Pfandrecht nicht[5]). Das „Einbringen" dient zur Erkennbarkeit des Pfandrechts gegen Dritte[6]), und ist um so wesentlicher, als der Vermiether keinen Pfandbesitz[7]) an den eingebrachten Sachen hat. Das Pfandrecht entsteht kraft Gesetzes mit dem Einbringen[8]) auf das Grundstück resp. in die vermietheten Räume[9]).

1. Uebrigens ist der Umfang des Pfandrechts gegen das frühere Recht beschränkt. § 559. Und zwar

a) hinsichtlich des Gegenstandes. Zunächst besteht es nicht an den gesetzlich unpfändbaren Sachen[10]); außerdem nur an solchen

---

nur zu einer Einschränkung des Umfangs im sozialen Interesse geführt. Ganz ist das Pfandrecht nicht zu entbehren, wenn auch der Vermiether sich unter Umständen anders (z. B. durch Vereinbarung der praenumerando-Zahlung des Miethzinses) sichern kann. — Viel weiter geht das Pfandrecht bei der Pacht, wo es als unentbehrliches Hülfsmittel niemals beanstandet wurde. Wir müssen daher hier Miethe und Pacht gesondert behandeln.

3) Jeder Art. Also nicht blos wegen der Miethzinsforderung, sondern z. B. auch wegen seiner etwaigen Forderungen auf Schadensersatz 2c.

4) Die Römer sprachen von invecta et illata. — Inhaberpapiere und überhaupt Werthpapiere (s. o. Bd. I § 63 Ziff. II) stehen aber auch in dieser Beziehung den Sachen gleich und unterliegen daher dem Miethpfandrecht. A. M. Siber S. 14. S. aber Dernburg § 229 Note 6; Oertmann § 559 Note 4. Baares Geld unterliegt dem Pfandrecht.

5) Also z. B. nicht auf Forderungsrechte nebst den betreffenden Schuldurkunden, auf eine Versicherungsforderung auch dann nicht, wenn die eingebrachten Sachen untergehen. Für eine gewisse Surrogation Siber S. 15. — Das Pfandrecht ergreift auch nicht dingliche Rechte des Miethers an fremden Sachen, z. B. nicht das Pfandrecht des Miethers an den eingebrachten Sachen seines Untermiethers.

6) S. über das Prinzip der Publizität dinglicher Rechte im Sachenrecht.

7) Pfandrechte an beweglichen Sachen sind regelmäßig nur als Faustpfandrechte anerkannt. S. §§ 1205ff, 1257 BGB. Die eingebrachten Sachen aber besitzt nicht der Vermiether, sondern der Miether. Der Vermiether hat nur das Recht und die Möglichkeit, die Wegschaffung der Sachen von seinem Grundstück zu verhindern: er hat das sog. Perklusionsrecht. S. schon l. 9 Dig. i. quib. caus. 20, 2 u. unten Ziff. 4.

8) Sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Andernfalls mit der Verwirklichung dieser resp. der letzten von ihnen (z. B. wenn die Sache erst nach dem Einbringen vom Miether erworben wird oder aus dem Kreise der unpfändbaren Sachen heraustritt). Vgl. Siber S. 33ff.

9) Ueber Einbringen s. Siber S. 21ff. Ist nicht das ganze Grundstück vermiethet, so müssen die Sachen in die vermietheten Räume desselben verbracht sein.

10) Eine brennende soziale Forderung. Vgl. Motive Bd. 2 S. 406. Ueber die in Betracht kommenden Sachen s. §§ 811ff. CPO.

Sachen, die dem Miether gehören. Daher z. B. nicht an Sachen seiner Ehefrau oder seiner Kinder, falls nicht die Sachen zum Bestand einer Gütergemeinschaft gehören, an der der Miether betheiligt ist[11]); nicht an Sachen seiner Dienstboten, Untermiether; nicht an geliehenen Sachen oder solchen, die der Miether unter Eigenthumsvorbehalt, z. B. auf Abzahlung, erhalten hat[12]). Dagegen werden die dem Miether gehörigen Sachen auch dann vom Pfandrecht ergriffen, wenn sie zum Verkaufe bestimmt sind[13]).

b) Was die Forderungen angeht, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestimmt ist[14]), so dient es unbeschränkt nur zur Deckung des Vermiethers für die Vergangenheit (also für Zinsrückstände, fällige Entschädigungsansprüche 2c.). Ueberdies kann es

α. gegenüber anderen Gläubigern an Sachen, die von diesen gepfändet sind[15]), auch wegen verfallener Miethzinsen[16]) nicht für eine längere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden. Länger kreditirt der Vermiether auf seine Gefahr. § 563.

β. Für die Zukunft dient das Pfandrecht nur zur Sicherung des Anspruchs auf den Miethzins für das laufende und darauf folgende Miethjahr[17]). § 559 S. 2.

2. Das Pfandrecht erlischt, abgesehen von den gewöhnlichen pfandrechtlichen Gründen[18]) mit Entfernung[19]) der Sachen vom

---

11) Der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschafts-, Fahrniß-, fortgesetzten Gütergemeinschaft; gleichviel von welcher Seite die Sachen herrühren. Wegen Miteigenthums s. noch Siber S. 29 ff.

12) Ob der Vermiether im Glauben ist, daß die Sachen dem Miether gehörten, macht keinen Unterschied. Siber S. 31 ff.

13) Z. B. ein Waarenlager. S. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 282 u. Cit. — Der Vermiether, welcher das Pfandrecht geltend macht, muß das Eigenthum des Miethers an den Pfandstücken beweisen.

14) Vgl. Siber S. 9 ff.

15) S. § 805 CPO., wonach der Vermiether der Pfändung der Illaten durch andere Gläubiger nicht widersprechen kann, dadurch aber auch seine Rechte nicht verliert. Dies ging im früheren Recht zu weit. Alle Erlöse absorbirte in Konkurrenzfällen gewöhnlich der Vermiether. Ueber das Verhältniß des Vermiether- und Pfändungspfandrechts s. jetzt Mittelstein S. 201 ff. — Entsprechend im Konkurs § 49 Ziff. 2 KO.

16) Wegen der Entschädigungsforderungen des Vermiethers haften die gepfändeten Illaten unbeschränkt.

17) Also nicht für eine spätere Zeit, und überhaupt nicht für künftige Entschädigungsforderungen (z. B. aus §§ 545 Abs. 2, 549 Abs. 2, 550 BGB.).

18) Z. B. Pfandverkauf (§ 1242), Verzicht (§ 1255), Vereinigung (§ 1256), Erlöschen der versicherten Forderung (§ 1252), Abtretung der Forderung ohne das Pfandrecht (§ 1250 Abs. 2) 2c. — Ebenso endigt das Pfandrecht durch Veräußerung und Uebergabe der Sache an einen gutgläubigen Erwerber (§ 936);

Grundstück[20]). Nur wenn die Entfernung ohne Wissen oder unte Widerspruch[21]) des Vermiethers (also gewaltsam oder heimlich) erfolgte bleibt das Pfandrecht bestehen, und erlischt erst, wenn der Vermiethe nicht binnen Monatsfrist seit Kenntniß der Entfernung[22]) gerichtlich di Zurückschaffung der Sachen[23]) auf das Grundstück[24]) verlangt § 560 S. 1, § 561 i. f.

Anderseits kann die Entfernung der Sachen vom Grundstück vor Seiten des Vermiethers nicht gehindert werden[25])

a) wenn sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Miethers erfolgt, z. B. hinsichtlich der eingebrachten Waarenbestände[26]);

b) wenn sie den gewöhnlichen Lebensverhältnissen[27]) entspricht;

c) wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar[28]) ausreichen. § 560 i. f.;

d) wenn für eine Sache in Höhe ihres Werthes Sicherheit geleistet wird[29]). § 562 i. f.

---

doch wird dies vielfach durch den im Text gleich folgenden Endigungsgrund überholt. Vgl. Siber S. 79 ff. S. jedoch unten Ziff. 4 lit. b.

19) Dies ist der Gegensatz zum „Einbringen". Es vernichtet die Erkennbarkeit des Pfandrechts und überhaupt die äußerliche pfandrechtliche Beziehung der Sachen zum Gläubiger (vgl. o. zu Note 6 ff.). Ebenso schon in der preuß. Jurisprudenz und im Code Nap. Art. 2102.

20) Nicht blos aus dem einzelnen darauf gemietheten Raume. Prot. Bd. 2 S. 207.

21) Volle Geschäftsfähigkeit des Vermiethers ist dazu nicht erforderlich. Arg. § 107 BGB.

22) Der Vermiether muß seine Unkenntniß resp. den von ihm erhobenen Widerspruch gegen die Entfernung der Illaten beweisen. Es ist Voraussetzung seiner Klage.

23) Entsprechend dem allgemeinen Recht der Vindikation beweglicher Sachen (s. §§ 935, 1006, 1227 BGB.). Art. 2102 Code Nap. spricht geradezu von einer revendication der Illaten.

24) In ihre frühere Position oder eventuell (falls der Miether ausgezogen ist) in seinen eigenen Besitz. Dann entsteht ein gewöhnliches Faustpfandrecht. S. u. Ziff. 4 b.

25) Der Widerspruch ist wirkungslos; die Klage auf Zurückschaffung der Sachen ist abzuweisen (das Pfandrecht mit Entfernung der Sachen vom Grundstück in diesem Falle also definitiv erloschen). — Die Wirkungslosigkeit des Widerspruchs hat der Gegner des Vermiethers zu beweisen.

26) Regelmäßiger Geschäftsbetrieb ist aber nicht z. B. plötzliche Versteigerung des gesammten Waarenlagers.

27) Nicht (subjektiv) denjenigen des Miethers, sondern der Allgemeinheit. — Hierhin gehört z. B. das Mitnehmen von Sachen auf die Reise, die Verbringung gerade der werthvollsten Sachen (Gold, Silber, Edelsteine ꝛc.) während dieser Zeit in Depot auf einer Bank oder bei anderen Personen; auch die Entledigung von Dingen, die man nicht mehr braucht (z. B. aus der Mode gekommener Toiletten und Schmucksachen).

28) Auf langwierige Beweisführung braucht der Vermiether sich nicht einzulassen.

29) Die Angemessenheit der angebotenen Sicherheitsleistung muß der Miether

3. Durch solche Sicherheitsleistung kann sogar jede eingebrachte Einzelsache selbst dann vom Pfandrecht des Vermiethers befreit werden, wenn sie auf dem Grundstücke verbleibt. Allerdings wird dazu nur selten Veranlassung sein. Wohl aber kann der Miether Interesse haben, das gesammte Pfandrecht des Vermiethers von seinen eingebrachten Sachen abzuwenden. Dies kann in doppelter Weise geschehen.

a) Indem der Miether für die Summe des Werths sämmtlicher Einzelsachen Sicherheit leistet[30]). Dadurch erlischt das Pfandrecht; — aber nur in Betreff dieser, also des gegenwärtigen (eingebrachten) Vermögens des Miethers, nicht des künftigen soweit es an sich dem Pfandrecht unterfällt.

b) Indem er Sicherheit leistet für die Höhe sämmtlicher Forderungen aus dem Miethverhältniß, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestimmt ist[31]). Dadurch erlischt das Pfandrecht nicht, sondern es wird nur rebus sic stantibus seine Geltendmachung abgewendet. Letztere wird wieder zulässig, wenn die betreffenden Ansprüche wachsen und die Sicherheit nicht entsprechend aufgebessert wird[32]). § 562.

4. Die Ausübung des Miethpfandrechts geschieht in der Weise wie bei allen Pfandrechten[33]). Ein besonderes Schutzmittel liegt in der Befugniß des Vermiethers, die Wegschaffung der Pfandstücke vom Miethgrundstück zu verhindern[34]). Zu diesem Ende hat der Vermiether

a) ein besonderes Selbsthülferecht[35]). Er darf die Entfernung

---

beweisen. Die Mittel der Sicherheitsleistung sind die gewöhnlichen. S. Bd. I § 134.

30) In der in Note 29 angegebenen Weise. — Ueber die Verpflichtung zur Aufbesserung der Sicherheit in diesem Falle s. Siber S. 84 ff.

31) S. o. Ziff. 1 b.

32) Wenn Oertmann § 562 Note 1 a Sicherheitsleistung zum Gesammtwerth sämmtlicher dem Pfandrecht unterliegenden Einzelsachen genügen lassen will, wenn dieser geringer ist, so dürfte dies nach dem Gesagten kaum zulässig sein.

33) Arg. § 1257 BGB. S. darüber das Sachenrecht, Siber S. 55 ff., und über die sehr schwierigen Beweisfragen S. 64 ff. daselbst. — Anderseits beruht das Pfandrecht auf dem Miethvertrage, sodaß mißbräuchliche Ausübung desselben als Verletzung des Miethvertrages (nicht blos als deliktische Handlung) anzusehen ist. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 222.

34) Er hat das sog. Perklusionsrecht. S. o. Note 7. — Die rechtswidrige Wegschaffung der Illaten durch den Miether oder durch Dritte zu Gunsten des Miethers (das sog. Miethrücken) ist außerdem mit öffentlicher Strafe bedroht. S. § 289 StGB. u. Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 7 S. 325.

35) S. schon oben Bd. I § 123 Ziff. 1 b. — Also unter Befreiung von den gewöhnlichen Schranken der §§ 229 ff. BGB.

der Pfandstücke, soweit er ihr nach den obigen Grundsätzen zu widersprechen befugt ist, ohne Anrufen des Gerichts[36]) gewaltsam verhindern, — zu diesem Zwecke auch dem ausziehenden Miether die Sachen abnehmen und sie in seinen Besitz bringen. § 561 Abs. 1. Darin liegt keine Aneignung[37]), sondern nur die (nach den Umständen unvermeidliche) Verschaffung des Pfandbesitzes[38]).

War die Entfernung der Pfandstücke dem Miether gestattet[39]), so ist die eigenmächtige Verhinderung derselben seitens des Vermiethers eine widerrechtliche Handlung. Der Miether kann also Beseitigung des Widerstandes, und bei Verschulden des Vermiethers[40]) vollen Schadensersatz verlangen.

b) Sobald die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers vom Grundstücke[41]) entfernt sind, kann letzterer Selbsthülfe nur noch im gewöhnlichen Umfang gebrauchen[42]). Dagegen kann er die Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung auf das Grundstück binnen Monatsfrist seit erlangter Kenntniß der Entfernung von Jedem fordern, bei dem er die Sachen vorfindet[43]). War der Miether schon ausgezogen, so verbindet sich damit der Anspruch auf Inbesitznahme der Sachen[44]). § 561 Abs. 2. Dagegen ist der gesammte Anspruch ausgeschlossen gegen einen Dritten, der auf Grund seines guten Glaubens pfandfreies Eigenthum an den Sachen erworben hat. Arg. § 936 BGB.

Erfolgte die Entfernung der Sachen vom Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Miether, also auf Betreiben

---

36) Selbstverständlich darf er auch von der Gerichtshülfe Gebrauch machen, z. B. einen Arrest erwirken und die Sachen pfänden 2c. S. §§ 946 ff. CPO.

37) Diese ist nach pfandrechtlichen Grundsätzen regelmäßig verboten.

38) Nachdem das frühere Publizitätsmoment hinweggefallen ist. (Es entsteht jetzt ein gewöhnliches Faustpfandrecht.) — Verwirrend ist es, wenn Manche das Perklusionsrecht des Vermiethers als ein Zurückbehaltungsrecht (Bd. I § 124) bezeichnen. Retention setzt Detention voraus, und der Vermiether hatte niemals den Besitz der Illaten.

39) Nach den Grundsätzen Ziff. 2 u. 3 oben.

40) § 231 BGB. (Verantwortlichkeit ohne Verschulden) ist auf diesen Fall nicht anwendbar. Die Bestimmung ist exceptionell. S. schon oben Bd. I § 109 Note 19 u. Cit. Ebenso Dernburg § 229 Ziff. II i. f. A. M. Oertmann § 562 Note 2.

41) S. o. Note 20.

42) Also nach §§ 229 ff. BGB. S. o. Bd. I § 122 Ziff, II.

43) S. o. Ziff. 2. Es handelt sich nicht um Verjährung, sondern um eine Frist. Diese wird gewahrt durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs. § 561 i. f. Dafür ist die Natur des Anspruchs von Bedeutung. Es handelt sich nicht um eine persönliche Klage, sondern um die dingliche Pfandklage. S. o. Note 23.

44) Durch den Vermiether. Wie oben lit. a (bei Note 38).

anderer Gläubiger, welche die Sachen gepfändet hatten, so kann der Vermiether[45]) die Rückschaffung auf das Grundstück nicht verlangen. Er muß vielmehr die Zwangsvollstreckung ihren Gang gehen lassen und ist darauf beschränkt, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sachen vor den pfändenden Gläubigern[46]) gegen die letzteren geltend zu machen[47]), ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung schon fällig ist. § 805 CPO. Nach Aushändigung des Erlöses an die pfändenden Gläubiger[48]) ist diese Klage gegenstandslos; der Vermiether hat gegen die letzteren nur noch den Bereicherungsanspruch[49]), falls er beweisen kann, daß ihnen ein Recht auf den Erlös nicht zustand[50]), nicht durch den Nachweis seiner Priorität[51]).

II. Bei der Pacht kommen zwei gesetzliche Pfandrechte vor.

1. Das Pfandrecht des Verpächters an den eingebrachten Sachen des Pächters, auf welches im Allgemeinen die vorstehenden Grundsätze Anwendung finden. § 581 Abs. 2.

Dagegen gelten einige Abweichungen bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke[52]). § 585 BGB. Dieses Pfandrecht erstreckt sich

a) auf die Früchte des Grundstücks, soweit dieselben in's Eigenthum des Pächters[53]) oder seines Substituten[54]) fallen;

b) auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen des Pächters[55]).

c) Ferner dient dieses Pfandrecht zur Sicherung der ganzen

---

45) Bevor er die Sachen schon in eigenen Besitz genommen hatte.

46) Soweit er ihnen vorgeht. S. § 563 BGB. u. oben Ziff. 1b.

47) Interventionsklage im Zwangsvollstreckungsverfahren! Wird die Klage gegen den Schuldner (Miether) und die Gläubiger gleichzeitig gerichtet, z. B. weil der Miether die Forderung des Klägers bestreitet, so sind die Gegner als Streitgenossen (§ 59 COP.) anzusehen.

48) Durch den versteigernden Gerichtsvollzieher.

49) §§ 812 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

50) Z. B. wegen Kollusion des Dritten mit dem Miether (Aufstellung erdichteter Forderungen). Vgl. auch die Entsch. in Seuff. Archiv Bd. 43 S. 373, 374 ff.

51) Die Rechte daraus sind verloren. Vigilantibus iura scripta sunt.

52) S. o. § 239. — Bei anderen verbleibt es beim allgemeinen Recht. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 27 ff.

53) Trotz der allgemeinen Ausdrucksweise des § 585 versteht sich dies arg. § 559 (s. o Ziff. I) von selbst. S. §§ 956 ff. BGB. Küntzel in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 439.

54) Der Substitut, Unterpächter ꝛc., kann nicht mehr Rechte haben als sein Autor; es sei denn, daß er nach der allgemeinen Vorschrift des § 936 BGB. auf Grund seines guten Glaubens die Früchte pfandfrei erwirbt.

55) Im Gegensatz zu oben I Ziff. 1a. Das Citat in § 585 BGB. (alte Fassung) ist zu berichtigen.

Pachtzinsforderung auch im Verhältniß zu dritten Gläubigern, welche die Pfandstücke gepfändet haben[56]), und zwar für Vergangenheit und Zukunft.

2. Bei der Pacht von Grundstücken mit Inventar[57]) hat auch der Pächter ein gesetzliches Pfandrecht, und zwar für alle seine Forderungen, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen[58]). Es haften ihm sämmtliche Inventarstücke, soweit sie in seinen Besitz gelangt sind, nach den Regeln des Faustpfandrechts[59]).

Doch kann der Verpächter das Pfandrecht durch Sicherheitsleistung abwenden, sowohl im Ganzen als an einzelnen Pfandstücken[60]). § 590 BGB.

E. Beendigung und stillschweigende Verlängerung.

§ 245.

I. Miethe und Pacht[1]) endigen mit Ablauf der Zeit[2]), für welche sie abgeschlossen worden sind. §§ 564 Abs. 1, 581 BGB. Der Endpunkt kann festbestimmt oder von ungewissen Ereignissen abhängig sein: letzterenfalls endigt die Miethe mit Eintritt der Bedingung[3]). Ueber etwaige Räumungsfristen entscheidet das Landesrecht. S. Art. 93 EG.BGB.[4]).

56) Im Interesse der Landwirthschaft. Hier bleibt oft nicht anderes übrig, als auf längere Zeit zu kreditiren. Künftige Entschädigungsforderungen der Verpächters werden auch hier durch das Pfandrecht nicht gedeckt. Es geht daher zu weit, wenn Dernburg § 229 i. f. sagt, daß der ganze § 559 BGB. hier nicht eingreife.

57) S. o. § 240 Ziff. I, und den älteren Rechtszustand in § 41 Ziff. 3 der alten KO. Auch jetzt gewährt dies Pfandrecht noch ein Absonderungsrecht im Konkurse. S. § 49 Ziff. 2 KO.

58) Also bei Uebernahme ohne Schätzung (oben § 240 I Ziff. 1), wenn der Verpächter die ihm obliegende Ergänzung des Inventars (§ 586 Abs. 2 BGB.) nicht vornimmt. Bei Uebernahme zum Schätzungswerth (oben § 240 I Ziff. 2), wenn sich am Schluß ein Ueberschuß für den Pächter (§ 589 Abs. 3 BGB.) ergibt.

59) Die besonderen des Vermietherpfandrechts finden keine Anwendung. Insbesondere ein dem Perklusionsrecht des Verpächters nachgebildetes Recht des Pächters besteht nicht. Letzterer hat den gewöhnlichen Pfandbesitz und kann sich nach allgemeinen Grundsätzen darin erhalten. S. § 1257 BGB. — Das Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) des Pächters bleibt unberührt.

60) Nach den Regeln des § 562 BGB. S. o. I Ziff. 3. — Das Zurückbehaltungsrecht kann durch Bürgschaft niemals ausgeschlossen werden. § 273 Abs. 3.

1) S. o. § 242 Note 1.

2) Also ohne daß es einer Kündigung bedarf. — Im Vertrag kann auch eine feste Kündigungsfrist bestimmt sein; dann endigt das Verhältniß mit dieser Maßgabe.

3) Unter Umständen endigt sie mit Erreichung oder Unmöglichkeit des Zweckes, zu welchem gemiethet wurde. Entscheidend ist der Vertragsinhalt.

4) Vgl. preuß. Ges. v. 4. Juni 1890 u. versch. Ausführungsgesetze.

II. Ebenso endigt das Verhältniß unmittelbar[5]) durch Untergang der Miethsache[6]) und durch Enteignung (falls der Erwerber nicht partikularrechtlich die Miethe wenigstens bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist halten muß)[7]).

III. Abgesehen davon endigt die Miethe durch Kündigung. § 564 Abs. 2. Und zwar hat

1. jede Partei das Kündigungsrecht[8]) unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist und unter Umständen gewisser Kündigungstermine[9]). Letztere sind insbesondere bei Grundstücken vorgeschrieben, weil hier der Nutzungswerth nicht beliebig realisirbar ist[10]). Die Kündigungsfristen sind im Anschluß an die Verfallzeiten des Miethzinses verschieden bestimmt. Im Einzelnen ergibt sich:

a) Bei Grundstücken[12]) ist die Miethkündigung im Allgemeinen nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig. Sie hat spätestens am dritten Werktag des betreffenden Quartals zu erfolgen[13]).

Ist der Miethpreis nach Monaten bemessen[14]), so ist Kündigung für den Schluß des Kalendermonats zulässig, und sie hat spätestens am

---

5) S. o. § 235 Note 8. Dernburg § 225 Ziff. III.

6) Hat der Vermiether den Grund des Untergangs zu vertreten, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Beendigung des Verhältnisses bezieht sich nur auf die Zukunft.

7) S. darüber das preuß. Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874 §§ 44, 45. Der Miether ist zu entschädigen. S. daselbst § 11. Ueber die Feststellung der Entschädigung eod. §§ 24 ff. bes. § 29 u. Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 205 ff.

8) Ueber Kündigung s. im Allgemeinen oben § 156 Note 12 ff. auch Bd. I § 97 gegen Ende (namentlich über die regelmäßige Unwirksamkeit bedingter Kündigung). Ein in der Kündigung angegebener Grund ist regelmäßig, als bloßes Motiv, gleichgültig.

9) Die Bestimmungen darüber haben sich in der deutschen Gewohnheit und den Partikularrechten entwickelt. S. Immerwahr, Die Kündigung (1897) S. 57, 133 ff. — Vertragliche Abweichungen sind zulässig (s. o. Note 2). — Eine verspätete Kündigung ist regelmäßig ganz unwirksam (sie ist für diesen Termin gewollt und kann nicht ohne Weiteres auf den nächsten bezogen werden, sofern sie nicht in Ansehung der Zeit ganz unbestimmt gehalten ist). Vgl. Planck § 565 Note 2 i. f.

10) Z. B. man vermiethet Wohnungen regelmäßig zum Quartal, Feldgrundstücke nach der Erntezeit 2c.

11) Für je längere Zeiträume der Miethzins nach dem Vertrage bemessen ist, um so länger ist die Kündigungsfrist. — Diese Regeln gelten auch, wenn vor vertragsmäßigem Ablauf des Verhältnisses unter Einhalt der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden darf. S. §§ 565 Abs. 4, 595 Abs. 2. S. u. Ziff. 2.

12) Und den ihnen nach § 580 BGB. gleichgestellten Räumen. — Die Räumungsklage kann schon vor Ablauf der Kündigungsfrist erhoben werden. S. § 257 CPO.

13) So wenn der Miethzins nach Jahren (z. B. jährlich 3000 Mark) bemessen ist.

14) Z. B. Zimmermiethe oder Miethe von kleineren Wohnungen (für monatlich 100 Mark u. dgl.).

15. d. M. zu erfolgen. Ist der Miethzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung zum Schluß einer Kalenderwoche[15]) vorzunehmen und am ersten Werktage der Woche zu erklären. § 565 Abs. 1.

Ist der Miethzins nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig[16]). § 565 Abs. 3.

Dagegen ist bei der Pacht die Kündigung immer nur für den Schluß eines Pachtjahrs — nicht Kalenderjahrs[17]) zulässig[18]), und sie hat spätestens am ersten Werktag des Halbjahrs zu erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll. § 595 Abs. 1.

b) Dieselben Grundsätze gelten auch bei der Pacht von Rechten[19]).

c) Die Miethe und Pacht beweglicher Sachen kann für jeden beliebigen Tag aufgekündigt werden. Die Kündigung hat am dritten Tage vor demjenigen Tage zu geschehen, an dem das Verhältniß endigen soll[20]). § 565 Abs. 2.

War der Entgelt nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig. § 565 Abs. 3[21]).

2. Unter Einhaltung dieser gesetzlichen Kündigungsfristen[22]) und Termine[23]) kann nicht selten schon vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit gekündigt werden[24]). Vgl. §§ 565 Abs. 4, 595 Abs. 2 BGB.

a) Mit dem Ablauf von 30 Jahren[25]), wenn der Vertrag auf

---

15) Die Woche schließt nach dem christlichen Kalender mit Ablauf des Sonnabends. A. M. Planck u. Cosack (§ 137).

16) Z. B. bei Gasthofzimmern u. dgl. Und zwar für das Ende des folgenden Tages (Cosack, Oertmann § 565 Note 1b; a. M. Planck Note 2a), falls nicht durch stillschweigende Bezugnahme auf die Verkehrs-, Ortssitte, Anschläge im Gasthof u. dgl. ein anderes anzunehmen ist.

17) Der 31. Dezember wäre ein sehr unglücklicher Zeitpunkt. Die Pacht wird auf die Erntezeiten zugeschnitten.

18) Ohne Rücksicht auf die Bemessung des Pachtzinses.

19) S. daselbst. — Jedoch mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß die Pacht von Rechten an beweglichen Sachen (z. B. des Nießbrauchs an einer Heerde) nicht mit längerer Frist zu kündigen ist, als die an den Sachen selbst (s. u. lit. c). So schon die Motive Bd. 2 S. 428.

20) Es endigt mit Ablauf des betreffenden Tages. Cosack, Oertmann a. a. O. A. M. Planck § 565 Note 2b.

21) Vgl. o. Note 16.

22) Im Gegensatz zu den Fällen, da ohne Kündigungsfrist gekündigt werden kann. S. u. Ziff. 3.

23) Die Grundstückspacht und Pacht von Rechten endigt regelmäßig erst mit dem Schluß des Pachtjahrs (abgesehen von Note 19). Dadurch werden zweckmäßig die Weiterungen abgeschnitten, die sich aus der Lösung des Pachtverhältnisses im Laufe eines Wirthschaftsjahrs ergeben würden.

24) Die Fälle sind zum Theil schon anderweitig besprochen. Hier erfolgt nur eine kurze Zusammenstellung.

25) Dann erst kann gekündigt werden! Das Verhältniß dauert dann noch bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin (Schluß des Kalendervierteljahrs, Ablauf des Pachtjahrs u. dgl.).

längere Zeit abgeschlossen war. Das Kündigungsrecht hat jede Partei[26]). Es fehlt, wenn der Vertrag für die Lebensdauer einer der Parteien geschlossen war[27]). § 567.

b) Mit dem Tode des Miethers haben sowohl seine Erben als der Vermiether das Kündigungsrecht[28]); bei der Pacht nur die Erben (nicht der Verpächter). §§ 569, 596 Abs. 2[29]). Mehrere Erben haben das Kündigungsrecht nur gemeinschaftlich[30]). Haben mehrere Personen zusammen gemiethet ꝛc., so gibt der Tod eines oder einiger von ihnen den anderen kein Kündigungsrecht. Dies muß, mangels anderweitiger Abmachung im Vertrage, auch dann gelten, wenn Mann und Frau zusammen gemiethet haben[31]). — Uebrigens kann die Kündigung in diesen Fällen nur für den ersten nach Ziff. 1 zulässigen Termin erfolgen. Es soll sobald als möglich feststehen, ob das Verhältniß fortgesetzt wird oder nicht.

c) In ähnlicher Weise können Militärpersonen, öffentliche Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten[32]) bei Versetzung[33]) nach einem anderen Orte[34]) das Mieth-

---

26) Der Grundsatz ist öffentlicher Ordnung; er hängt mit der modernen Beseitigung der Erbunterthänigkeit zusammen.

27) An Stelle des Lebensdurchschnitts tritt die wirkliche Lebensdauer.

28) An sich besteht die Miethe fort. Da aber der Erbe vielfach die Sache nicht mehr gebrauchen kann, dem Vermiether oft nicht zuzumuthen ist, sie den Erben zu lassen, so ist ein außerordentliches Kündigungsrecht (entsprechend dem Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 344, 371 ff.) eingeführt. — Der Tod des Vermiethers und Verpächters gibt keinerlei Kündigungsrecht.

29) Dies genügt bei der Pacht wegen des eigenen Interesses des Pächters an ordnungsmäßiger Behandlung des Pachtobjekts (sonst zieht er keine Früchte). Der Erbe seinerseits muß kündigen können, da er vielleicht der nothwendigen Kenntnisse ermangelt.

30) Nach erbrechtlichen Grundsätzen. § 2038 Abs. 1 BGB. Ueber das Kündigungsrecht des Nachlaßkonkursverwalters s. u. lit. d. — Ebenso können mehrere Vermiether nur zusammen kündigen.

31) So ausdrücklich Mot. Bd. 2 S. 416. Entgegenstehende Abänderungsanträge wurden in den Kommissionen abgelehnt. Das Gesetz ist somit klar. Es ist aber auch nicht unbillig. Denn wie die Ehefrau nicht kündigen kann, so kann auch ihr die Miethe nicht gekündigt werden. Und will man das Kündigungsrecht im Fall des Textes auch gegen den Mann zulassen, wenn die Frau stirbt?! Zustimmend Planck § 569 Note 3; Oertmann Note 2; Enneccerus § 265 III Ziff. 3. A. M. Dernburg § 221 Note 8.

32) Ueber diese Personen s. schon oben § 199 i. f. S. auch Fuld S. 159.

33) Auch wenn die Versetzung auf ihren Antrag erfolgte. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 283. Auch bei Berufung von Universitätsprofessoren. — Um so mehr wird § 570 BGB. anwendbar sein, wenn der Miether sein öffentliches Amt wechselt, aus dem Landes- in den Reichsdienst tritt und umgekehrt (z. B. wenn ein Offizier Postdirektor wird); dagegen nicht, wenn ein Beamter sich einfach pensioniren läßt oder sonst sein Amt verliert. Der Berufswechsel ist eine Versetzung in höherer Potenz, der Amtsverlust ist eine solche in keinem Sinne. Im ersteren Falle muß der Beamte umziehen, wenn die Vorschrift in Frage kommt, im

verhältniß kündigen in Ansehung derjenigen Räume[35]), die sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnort gemiethet haben[36]). Für Pacht gilt dies nicht. §§ 570, 596 Abs. 3. Auch diese Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie nach offizieller Kenntniß[37]) der Versetzung (nach Ziff. 1) zulässig ist.

d) Wenn der Miether oder Pächter in Konkurs fällt[38]), so ist zu unterscheiden, ob ihm der Mieth- oder Pachtgegenstand im Augenblicke der Konkurseröffnung schon zum Gebrauch ꝛc. überlassen war oder nicht.

α. War die Ueberlassung bereits erfolgt, so ist die Behandlung wie in den vorigen Fällen. Es kann beiderseits unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden, also sowohl vom Vermiether wie vom Konkursverwalter. Kündigt der Verwalter, so hat der Vermiether ein Recht auf Schadensersatz, das er als Konkursforderung geltend machen kann[40]). § 19 KO.

β. War zur Zeit der Konkurseröffnung noch keine Ueberlassung an den Gemeinschuldner erfolgt, so hat der Vermiether ein einfaches Rücktrittsrecht von dem Vertrage[41]). § 20 Abs. 1 KO. Auf Erfordern des Konkursverwalters muß er ihm darüber ohne Verzug[42]) seine Entscheidung erklären. Unterläßt er dies, so verliert er sein Rücktrittsrecht, und der Verwalter kann nach den allgemeinen Regeln[43]) das Geschäft zur Masse ziehen (also erfüllen und vom Gegner Erfüllung verlangen) oder nicht. Darüber kann jetzt der Gegner unverzügliche Erklärung fordern[44]). Wegen der Nichterfüllung kann nach allgemeinen Grund-

---

letzteren braucht er nicht umzuziehen. S. (in diversem Sinne) Dernburg § 226 Ziff. V; Oertmann Note 4 u. A.

34) Dies wird verkehrsmäßig, nicht ausschließlich politisch zu verstehen sein (z. B. bei Vororten).

35) Nicht blos der Wohnräume, sondern auch z. B. Laboratorien, Pferdeställe ꝛc.

36) Ein nebenbei gepachteter Obst- oder Gemüsegarten fällt nicht darunter. Dagegen ist der gewöhnliche Hausgarten gemiethet, nicht gepachtet. S. o. § 234 Note 11 u. 13.

37) Eine lediglich private kommt nicht in Betracht.

38) Ueber den Konkurs des Vermiethers und Verpächters s. o. § 243 Ziff. III. — Die hier in Rede stehenden Rechte können vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

39) Hier wie im Folgenden ist darunter auch der Verpächter zu verstehen.

40) Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 271. Ebenso beim Nachlaßkonkurs.

41) Nach § 349 BGB. Eine Kündigungsfrist ist also nicht einzuhalten.

42) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. Entsprechend Bd. I § 111 Note 19.

43) Ueber unerfüllte gegenseitige Verträge. § 17 KO.

44) Wie oben. Unter dem Präjudiz, daß andernfalls der Verwalter auf der Erfüllung nicht bestehen kann.

sätzen Schadensersatz verlangt und dieser als Konkursforderung angemeldet werden. §§ 20 Abs. 2, 26 KO.

e) Ueber das Kündigungsrecht des Erwerbers von Grundstücken in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse über das Vermögen des Vermiethers und Verpächters s. o. § 243 Ziff. II u. III;

f) über dasjenige des Miethers (nicht des Pächters) wegen grundloser Verweigerung der Gebrauchsabtretung an einen Dritten, oben § 241 Ziff. 2 b.

3. Schließlich kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden

a) seitens des Miethers und Pächters wegen nicht rechtzeitiger Gewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs. §§ 542 ff. BGB.[45]). Ferner wegen erheblicher Ungesundheit der vermietheten Wohnung oder eines anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Raumes, nach § 544 BGB.[46]);

b) seitens des Vermiethers und Verpächters[47]) wegen vertragswidrigen Gebrauchs im Sinne des § 553, und wegen Verzugs der Zinszahlung für zwei aufeinanderfolgende Termine. § 554 BGB.[48]).

IV. Nicht selten setzt der Miether oder Pächter nach Ablauf des Verhältnisses[49]) den Gebrauch bezw. die Nutzung des Gegenstandes fort. Dies hat zunächst nur Entschädigungsfolgen. §§ 557, 597 BGB.[50]). Es kann jedoch darin die Absicht liegen, das ganze Verhältniß fortzusetzen (relocatio tacita), und diese Fortsetzung wird vom Gesetz begünstigt[51]). Demgemäß bedarf es keiner besonderen Erklärung des Verlängerungswillens; sondern dieser wird als vorhanden angesehen[52]), wenn nicht binnen 2 Wochen[53]) von der einen oder anderen

---

45) S. o. § 235 II Ziff. 2 u. § 236.

46) S. o. § 236 Note 45.

47) Derselbe hat einen im Voraus eingezogenen Mieth- oder Pachtzins nach § 347 BGB. zurückzuerstatten. — Auch der Fall § 20 KO. (s. o. bei Note 41) ist ein verwandter.

48) S. o. § 237 Ziff. 1 u. 2.

49) Nach Ablauf der festen Vertragszeit (Ziff. I) oder der Kündigungsfrist (Ziff. III).

50) S. darüber oben §§ 237 Ziff. 3a, 238 i. f.

51) Der Verkehrsauffassung gemäß. — S. schon im röm. Recht l. 13 § 11, l. 14 Dig. locati 19, 2, jedoch mit mancherlei Streitfragen; dann Code Nap. Art. 1738, 1759 u. Sächs. GB. § 1218. Beschränkter Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 325 ff.

52) Es muß aber die Möglichkeit einer entgegenstehenden Willenserklärung vorhanden, also z. B. die Partei nicht geisteskrank und ohne Vormund sein. Cosack § 137 I Ziff. 6; Oertmann § 568 Note 3.

Seite dem Gegner eine Mittheilung gemacht wird[54]), woraus der entgegenstehende Wille des Erklärenden erhellt[55]). Die Frist beginnt für den Miether (Pächter) mit der Fortsetzung des Gebrauchs; — für den Vermiether (Verpächter) mit Kenntniß der Fortsetzung.

Ist kein Widerspruch erfolgt, so läuft der Vertrag unter den alten Bedingungen[56]) weiter; nur nicht in Ansehung der Zeit. Vielmehr ist der Vertrag nunmehr von unbestimmter Dauer: es kann also (nach Ziff. III oben) von jeder Seite gekündigt werden. § 568 BGB.[57]).

II. Die Leihe*.

§ 246.

I. Begriff. Die Leihe ist unentgeltliche Gestattung des Gebrauches einer Sache an einen Anderen (den Entleiher). § 598 BGB.

1. Durch die Gebrauchsüberlassung steht das Geschäft der Miethe nahe; durch die Unentgeltlichkeit bildet es einen Gegensatz zu ihr, ähnlich wie die Schenkung zum Kaufe[1]).

a) Der Leihevertrag geht nicht auf Gebrauchsgewährung im Sinne eines Einstehens des Verleihers für die Möglichkeit des vertragsmäßigen Gebrauchs und eine dementsprechende Gewährleistungspflicht[2]).

---

53) Berechnung der Frist gemäß Bd. I § 120 von den sogleich bezeichneten Momenten ab.

54) Der Widerspruch ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88. Uebrigens kann die Verlängerung schon im ursprünglichen Vertrage ausgeschlossen sein.

55) Es braucht kein eigentlicher Widerspruch (Protest) zu sein; sondern es genügt eine Erklärung jeder Art, welche implicite den Willen, die Miethe nicht zu verlängern, kundgibt: z. B. Anzeige an den Miether, die Wohnung sei wiedervermiethet. S. auch Note 56.

56) Auch hinsichtlich des Entgelts. Daher ist es nicht Einwilligung in die Verlängerung, sondern Widerspruch gegen dieselbe, wenn der Vermiether den Miether steigert. — Ein im ursprünglichen Vertrag vereinbartes Vorkaufsrecht kann noch geltend gemacht werden. Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 341.

57) Hatte eine Erklärung gegen die Fortsetzung des Vertrages stattgefunden, oder war eine solche wegen der in Note 52 erwähnten Momente unterblieben, oder die Verlängerung im ursprünglichen Vertrage ausgeschlossen, so verbleibt es bei §§ 557, 597 BGB. S. o. Note 50 u. Cit.

*) Vgl. Schollmeyer § 7; Dernburg §§ 230 ff.; Endemann I § 138; Cosack § 141; Mathiaß I § 120; Enneccerus §§ 271 ff.

1) S. darüber schon den Eingang des § 234 oben. — Auf das Wesen, nicht auf den Wortlaut des Vertrages kommt es an. Der Verkehr spricht nicht selten von „leihen“, wo Miethe oder Darlehen gemeint ist. Z. B. Leihbibliothek, Leihhäuser.

2) Wie bei der Miethe nach §§ 235, 236 oben. — Der Unterschied wird von Dernburg § 231 II Ziff. 1 den Worten, aber nicht der Sache nach geleugnet.

Die Pflichten des Verleihers sind wesentlich geringere, wie sich schon aus der Unentgeltlichkeit des Vertrages ergibt[3]).

b) Die aus dem Leihevertrag entspringenden Verpflichtungen beginnen erst, wenn dem Entleiher wirklich der Gebrauch der Sache überlassen ist. Der Leihevertrag ist ein Vertrag auf Rückgabe[4]). Allerdings kann man sich auch im Voraus zur Verleihung einer Sache verpflichten; aber im Leben ist dies nicht häufig. Dem Leiheversprechen fehlt meist der rechtlich bindende Charakter[5]). Ist die bindende Absicht aber vorhanden, so ist der Vertrag als bloßer Vorvertrag anzusehen[6]).

2. Man kann bewegliche und unbewegliche Sachen verleihen, indem man daran den Gebrauch verstattet[7]). Gewöhnlich bezieht sich das Geschäft auf Mobilien. Der Besitz muß nicht stets auf den Entleiher übertragen werden; doch ist dies oft von selbst mit der Gebrauchsgestattung verbunden[8]). Immer bezieht sich das Geschäft auf individuelle Sachen[9]). Ist die Sache verbrauchbar, so darf der überlassene Gebrauch kein solcher sein, welcher die Sache aufzehrt[10]); ist der Verkehr an ihr beschränkt, kein solcher, der mit der öffentlichen Bestimmung der Sache in Widerspruch steht[11]).

3) Aehnlich wie bei der Schenkung, wo die Haftung des Schenkers auch beschränkt ist. S. u. II Ziff. 2.

4) S. o. § 167 Ziff. III bes. Note 23.

5) Die Verpflichtungsabsicht. S. o. § 141.

6) § 598 ist zweifelhaft (viel deutlicher ist das Gesetz beim Darlehen: s. §§ 607, 610 BGB.). Dafür spricht das früher Gesagte und die Geschichte des Instituts, von der wir, da innere Gründe für sie sprechen, nicht willkürlich abzuweichen haben. — Praktische Folgen hat die Streitfrage kaum, da auch beim Vorvertrag die Haftung des Schuldners zweifellos auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt bleiben muß (arg. § 599 BGB.). Ebenso braucht der Schuldner die Sache nicht zu geben, wenn er resp. seine Erben sie nach § 605 eod. sofort wieder zurückfordern könnten (dolo facit qui petit quod redditurus est). Zustimmend Dernburg § 230 II; Endemann, Mathiaß, Enneccerus § 271 Ziff. 2; Planck, Oertmann vor § 598. A. M. Cosack § 141 III.

7) Z. B. ein Grundstück zum Fußballwettspiel u. dgl. — Das Eigenthum an den verliehenen Sachen bleibt unverändert, — es liege denn fiduziarische Eigenthumsübertragung vor (s. o. Bd. I § 76 Ziff. I).

8) In dieser Beziehung gelten dieselben Grundsätze wie bei der Miethe. S. o. § 235 Note 2 ff. — Das Wichtigste ist, daß heute der Entleiher als solcher Besitzer sein kann (daß er nicht wie im röm. Recht auf bloße Detention beschränkt ist). Der Entleiher hat also die Vortheile aus dem Besitz, z. B. bei entliehenen Mobilien aus § 986 Abs. 2 BGB. (wie bei der Miethe, s. o. § 242 Ziff. 2), ohne daß daraus ein dingliches Recht folgt.

9) Wenn auch vielleicht auf eine an sich vertretbare Sache (z. B. ein Buch). Es wird darüber als über ein Individuum kontrahirt. Andernfalls liegt Darlehen vor. So können sogar Geldstücke geliehen werden.

10) Z. B. sie wird ad pompam geliehen. S. schon l. 3 § 6, l. 4 Dig. commodati 13, 6.

Denkbar ist auch, daß Rechte einem Anderen zum Gebrauche überlassen werden, z. B. ein Urheberrecht (Patentrecht). Eine wahre Leihe ist dies nach § 598 nicht, aber ihr entsprechend zu behandeln[12]).

3. Dagegen geht die Leihe wesentlich nur auf Gebrauch, nicht auf Fruchtziehung. Wäre dem „Entleiher" die Gewinnung der ganzen Nutzung überlassen, so bekommt das Geschäft einen gemischten Charakter[13]).

a) Die Art des Gebrauchs ergibt sich aus dem Vertrage. Auch hier ist also dem Entleiher nur der vertragsmäßige Gebrauch gestattet[14]).

b) Selbstverständlich ist die Benutzung auf Zeit beschränkt[15]). Ist die Zeit nicht besonders festgesetzt, so ergibt sie sich häufig aus dem Zweck, zu welchem geliehen ist[16]). § 604 Abs. 2. Dem Entleiher ist dann regelmäßig der Gegenstand solange zu belassen, als zur Erreichung des betreffenden Zweckes erforderlich ist. Abgesehen davon kann jederzeit zurückgefordert werden. § 604 Abs. 3[17]).

4. Wesentlich ist die Unentgeltlichkeit, also die Abwesenheit von Gegenleistungen. Der Grund der Leihe ist regelmäßig, wie bei der Schenkung, gleichgültig[18]). Doch verträgt auch die Leihe „Auflagen" an den Empfänger, ohne daß das Geschäft dadurch seinen Charakter verliert[19]).

11) Wie bei der Miethe. S. o. § 234 Ziff. 4. — Ebenso können fremde Sachen verliehen werden. Ob der Verleiher sich dadurch verantwortlich macht, ist eine andere Frage. Gegenüber dem Entleiher haftet er in dieser Beziehung nur nach § 600 BGB. S. u. Ziff. II gegen Ende. Eigene Sachen kann man nur unter denselben Voraussetzungen wie bei der Miethe leihen. S. o. § 234 Note 35.

12) Dernburg § 230 Ziff. III; Oertmann vor § 598 Note 1b.

13) Z. B. bei Ueberlassung eines Jagdrechts zur unentgeltlichen Gewinnung der gesammten Ausbeute u. dgl. Zufolge des Leihevertrags würden die Früchte herauszugeben sein. S. auch l. 38 § 10 Dig. de usur. 22, 1. Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 238 ff. Mot. Bd. 2 S. 449.

14) Wie bei der Miethe. S. o. § 237. Z. B. wer eine Sache blos zur Benutzung geliehen erhalten hat, darf sie nicht verpfänden. Es kann aber auch zur Verpfändung geliehen sein (z. B. Werthpapiere). Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 127 ff. — Daß der Entleiher die wirthschaftliche Bestimmung der Sache nicht verändern darf, ergibt sich wohl meist als selbstverständlich; abgesehen davon, daß der Entleiher (wegen der regelmäßig kürzeren Dauer des Verhältnisses) dazu wohl seltener in die Lage kommt.

15) S. o. § 234.

16) Während bei der Miethe der Zweck nur in seltenen Fällen rechtlich in Betracht kommt. S. o. § 245 Note 3.

17) Das röm. precarium (s. auch Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 231) ist daher in der Leihe aufgegangen.

18) Grund im Rechtssinn ist die Unentgeltlichkeit. Alles andere ist Motiv. — Oft liegt in der Leihe eine Begünstigung (Freundschaft zc.). Es kommt aber auch vor, daß man im eigenen Interesse verleiht, z. B. Kleider an seine Untergebenen.

19) Z. B. das entliehene Pferd ist täglich zu bewegen. Dies ist entsprechend

5. Ueberhaupt wird aus der Leihe nicht blos der Empfänger verpflichtet. Aber die Verpflichtungen des Verleihers[20]) charakterisiren nicht das Geschäft, enthalten keine Gegenleistung und machen den Vertrag nicht zu einem gegenseitigen[21]). Die Besonderheiten der letzteren finden also auf das Geschäft keine Anwendung[22]).

II. Verpflichtungen der Parteien.

1. Verpflichtungen des Entleihers.

a) Der Entleiher darf nur den vertragsmäßigen Gebrauch von der geliehenen Sache machen, also sie nur so benutzen wie sie verliehen ist[23]). In diesem Rahmen hat er Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache nicht zu vertreten. §§ 602, 603 S. 1 BGB. Vertragswidrig ist es auch, wenn der Entleiher ohne besondere Erlaubniß[24]) den Gebrauch des entliehenen Gegenstandes einem Anderen überläßt. § 603 S. 2. Die Leihe enthält eine persönliche Vergünstigung.

Wegen vertragswidrigen Gebrauchs[25]) sowie wegen sonstiger schuldhafter Behandlung der Sache haftet der Entleiher auf vollen Schadensersatz[26]). Aus diesem Gesichtspunkt denn auch auf gehörige Obhut[27]). Danach beurtheilen sich alle Detailfragen: z. B. ob der Entleiher bei gemeinsamer Gefahr der Sachen die Rettung der eigenen bevorzugen darf[28]); ob er beim Hervortreten von Mängeln oder sonstigen Zufällen dem Verleiher Anzeige zu machen hat[29]).

---

der Auflage bei freigebigen Zuwendungen zu konstruiren. S. o. Bd. I § 78 Note 11 ff. Zustimmend Dernburg § 231 Note 5; Cosack § 141 Ziff. I; Enneccerus § 272. Irrig Planck § 598 Note 6, der die Möglichkeit des Nebenzwecks bei der Leihe bestreitet.

20) S. über diese unten II Ziff. 2.

21) Auf sie geht römisch nur eine actio contraria. S. o. § 167 Ziff. I bes. Note 3.

22) Z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages, das Rücktrittsrecht wegen mangelnder Vertragserfüllung nach §§ 325 ff. BGB.

23) Insbesondere zu dem geliehenen Zwecke. S. o. I Ziff. 3 b.

24) Die Erlaubniß kann im Vertrage ertheilt sein. Andernfalls muß sie später eingeholt werden. Es gilt entsprechend das oben § 241 Gesagte.

25) Weil dieser als solcher unerlaubt ist, haftet der Entleiher auch für den Zufall, der die Sache dabei betrifft, sofern die Sache beim vertragsmäßigen Gebrauch wohlbehalten geblieben wäre.

26) Arg. § 550 BGB. wird der Entleiher auch auf Unterlassung klagen können.

27) Entsprechend oben § 237 zu Note 17. Der Entleiher haftet für jede Fahrlässigkeit, auch für das Verschulden seiner Leute beim Gebrauch der Sache. S. §§ 276, 278 BGB. Ebenso, werden wir annehmen, auch für den, welchem er den Gebrauch der Sache überlassen hatte.

28) Aeltere Gesetze enthielten hierüber kasuistische Bestimmungen. S. l. 5 § 4 Dig. comm. 13, 5; Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 250.

29) Dies ist regelmäßig zu bejahen. Das oben § 237 Note 20 ff. Gesagte

Bei vertragswidrigem Gebrauch der Sache oder erheblicher Gefährdung derselben durch nachlässige Behandlung[30]) kann der Entleiher das Verhältniß kündigen und die verliehene Sache ohne Weiteres zurückfordern[31]) § 605 Ziff. 2 BGB.

b) Als Korrelat des unentgeltlichen Gebrauchs hat der Entleiher die gewöhnlichen Erhaltungskosten der geliehenen Sache während der Leihezeit — einschließlich bei Thieren der Fütterungskosten[32]) — zu tragen. § 601 Abs. 1 BGB[33]).

Im Uebrigen ist die Behandlung von Aufwendungen, die der Entleiher auf die Sache gemacht hat, dieselbe wie bei der Miethe: nur daß mangels besonderer Festsetzungen auch hinsichtlich der nothwendigen Verwendungen (soweit nicht der Entleiher sie zu tragen hat) die Grundsätze der auftraglosen Geschäftsführung zur Anwendung kommen. § 601 Abs. 2. Denn bei dem beschränkten Leihezweck liegt es keineswegs immer im Interesse des anderen Theils, ihm die Besorgung selbst nothwendiger Maßregeln vorwegzunehmen. Um so mehr gilt dies wegen anderer Verwendungen[34]). Eine mit der Sache verbundene Einrichtung darf der Entleiher (unter Beobachtung der allgemeinen Vorschriften) hinwegnehmen[35]).

c) Am Schluß der Leihezeit hat der Entleiher die Sache dem Verleiher zurückzugeben[36]). § 604 Abs. 1. Und zwar in dem Zustand,

---

wird entsprechend anwendbar sein. — Maßt sich ein Dritter ein Recht an der Sache an, so ist die Anzeige (eventuell laudatio auctoris: § 76 CPO.) das Hauptmittel für den Entleiher, um die Sache petitorisch zu schützen.

30) Entsprechend oben § 237 Note 33. Das Rückforderungsrecht geht nach § 604 Abs. 4 BGB. auch direkt gegen den, dem der Entleiher den Gebrauch der Sache überlassen hatte.

31) Bei der Leihe bestehen keine Kündigungsfristen. Zwischen normaler und anormaler Vertragsauflösung ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zu machen. — Einer besonderen Abmahnung des Entleihers (wie nach § 553 BGB.) bedarf es hier nicht.

32) In dieser Hinsicht entspricht die Bestimmung den Verpflichtungen des Miethers (§ 547 Abs. 1). Im Uebrigen hat Miether die Erhaltungskosten nicht zu tragen.

33) So schon im röm. Recht (vgl. l. 18 § 2 Dig. commodati 13, 6). Der Sinn ist nicht nur, daß der Entleiher wegen dieser Aufwendungen keinen Ersatz verlangen kann, sondern daß er geradezu zu ihrer Vornahme verpflichtet ist.

34) Ueber das Detail vgl. o. § 235 Ziff. I i. f. und die Grundsätze der nützlichen Geschäftsführung (§§ 254 ff.). — Soweit ein Ersatzrecht vorhanden ist, besteht dieserhalb auch ein Zurückbehaltungsrecht. § 273 BGB. (Auch bei Grundstücken. § 556 Abs. 2 BGB. ist hier nicht anwendbar.)

35) S. § 258 BGB. u. oben § 151 Ziff. III.

36) Soweit er empfangen hatte (s. o. Note 8). Bewegliche Sachen sind dem Verleiher zurückzubringen. Dies folgt (arg. § 269 BGB.) aus der Natur des Schuldverhältnisses. So auch Dernburg § 231 Note 6; Oertmann § 604 Note 2.

in dem sie sich bei vertragsmäßiger Benutzung und schuldiger Obhut befindet. Früchte, Zuwachs und sonstiger aus der Sache gezogener Gewinn ist mitherauszugeben[37]); nicht aber ein vom Entleiher anderweit durch den vertragsmäßigen Gebrauch gemachter Gewinn[38]). Für Fehlendes ist nach den obigen Grundsätzen Ersatz zu leisten[39]).

Hatte der Entleiher den Gebrauch der Sache[40]) einem Dritten überlassen, so kann der Verleiher sie nach Beendigung der Leihe[41]) auch unmittelbar vom Dritten zurückfordern[42]). § 604 Abs. 4.

Gegen den Rückgabeanspruch sind ähnliche Einwendungen wie bei der Miethe zulässig[43]).

2. Verpflichtungen des Verleihers[44]).

a) Der Verleiher hat während der Vertragszeit dem Entleiher den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache zu gestatten[45]), d. h. für seine Person Alles zu unterlassen, was diesen Gebrauch zu stören geeignet ist[46]). Insbesondere darf er dem Entleiher die Sache nicht vorzeitig wieder wegnehmen. Wird diesem der vertragsmäßige Gebrauch durch den mangelhaften Zustand der Sache oder durch Mängel im Rechte des Verleihers entzogen oder beeinträchtigt, so ist der Verleiher dafür nur verantwortlich[47]), wenn er den Mangel arglistig verschwieg[48]). § 600. Im Fall der Arglist haftet er für

---

37) Es liege denn die oben bei Note 13 erwähnte Ausnahme vor. — War Mehreren geliehen, so haften sie für das Empfangene als Gesammtschuldner. § 431 BGB.

38) S. die Grundsätze oben § 144.

39) S. lit. a. — Der Ersatzanspruch des Verleihers wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache (nicht im Uebrigen) verjährt binnen 6 Monaten vom Rückempfang der Sache. § 606 BGB. (vgl. § 558).

40) Denselben oder einen anderen Gebrauch (auch z. B. blos zur Ansicht der Sache). — Befugter oder unbefugterweise (vgl. § 603 S. 2 BGB.).

41) War die Sache dem Dritten unbefugterweise überlassen, so gibt diese Vertragswidrigkeit einen Grund für die Beendigung ab. S. § 605 Ziff. 2 BGB. u. oben lit. a.

42) S. dazu die Bemerkungen oben § 237 Note 47.

43) S. o. § 237 Noten 42 ff.

44) Geltend zu machen durch Klage (actio commodati contraria) ꝛc., aber auch durch Zurückbehaltung der geliehenen Sache (gemäß § 273 BGB.).

45) S. dazu oben Note 2 ff.

46) Der Unterschied gegen die Miethe ergibt sich aus einer Vergleichung mit oben § 235 Ziff. I. Der Verleiher muß z. B. den geliehenen, ihm wieder zugelaufenen Jagdhund dem Entleiher, der ihn abholt, wieder herausgeben, keineswegs aber die entliehene Sache die ganze Leihezeit hindurch in einem zum Gebrauch geeigneten Zustand erhalten ꝛc.

47) Folglich braucht der Verleiher den Entleiher auch nicht wie ein Vermiether vor dem Rechtsangriff dritter Personen zu schützen.

48) Dies entspricht den Grundsätzen der Schenkung (s. o. § 231 Ziff. 5 u. 6: dort auch über den Begriff der Arglist in diesem Falle). S. schon l. 18 § 3, l. 22 Dig. commodati 13, 6; Code Nap. Art. 1891.

den gesammten aus dem Verschweigen des Mangels entstehenden Schaden[49]).

b) Weil die Leihe wesentlich im Interesse des Entleihers besteht, hat der Verleiher nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[50]). § 599[51]).

c) Wegen der Ersatzpflicht von Verwendungen aus dem Gesichtspunkt nützlicher Geschäftsführung s. schon oben Ziff. 1b[52]).

III. Beendigung der Leihe.

1. Die Leihe endigt mit Ablauf der Zeit[53]), für welche der Vertrag abgeschlossen ist. § 604 Abs. 1.

2. Dem wird gleichgestellt der Fall, da eine Sache zu bestimmtem Zweck verliehen worden ist[54]). Aus diesem Zweck ergibt sich nach allgemeinen Verkehrs- und Lebensgrundsätzen eine gewisse Zeit des Gebrauchs. Die Leihe endigt hier

a) wenn der Entleiher den bezeichneten Gebrauch gemacht hat; resp.

b) wenn er ihn nicht gemacht hat[55]), mit Ablauf der zu dem Gebrauch erforderlichen Zeit[56]). § 604 Abs. 2.

3. Fehlen derartige Anhaltspunkte, so kann die Leihe jederzeit aufgehoben, also die Sache zurückgefordert werden, und zwar ohne Kündigungsfrist. § 604 Abs. 3.

4. Vorzeitig, d. h. vor Ablauf der vertragsmäßigen Leihe-

---

49) S. o. § 151. — Unter Umständen folgt übrigens eine gleiche Ersatzpflicht auch bei bloßer Fahrlässigkeit des Verleihers aus den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen. S. u. §§ 324ff. Z. B. er verleiht morsches Holz zum Bau eines Gerüstes, auf dem nachher viele Menschen verunglücken.

50) Mangels anderweitiger Abrede. Dies entspricht den Grundsätzen der Schenkung (s. o. § 231 Ziff. 2) und ist altes Recht. Im gleichen Umfang haftet der Verleiher gemäß § 278 BGB. für seine Gehülfen 2c.

51) § 599 läßt sich nicht (mit Dernburg § 231 II Ziff. 2) hinwegdeuten für den Fall, daß die Leihe im Interesse des Verleihers geschah. — Wohl kann der Geber aus anderen Gründen (der besonderen Art des Vertrags, Delikt) auch für leichte Fahrlässigkeit haften.

52) Die Ersatzansprüche des Entleihers wegen Verwendungen, soweit sie stattfinden, sowie der Anspruch auf Wegnahme einer mit der geliehenen Sache verbundenen Einrichtung (§ 601 BGB.) verjährt in 6 Monaten nach Beendigung der Leihe. Nicht die eventuellen sonstigen Ansprüche des Entleihers! § 606 BGB. (vgl. § 558).

53) Vgl. o. § 245 Ziff. I (wie die Miethe). Selbstverständlich endigt die Leihe auch mit Untergang der verliehenen Sache, entsprechend Ziff. II daselbst.

54) Z. B. ein Buch zum Lesen oder zum Abschreiben, ein Bild zum Kopiren; gewisse Utensilien zur Mitnahme auf einer Reise.

55) Oder ihn nicht vollendet hat.

56) In welcher der Gebrauch nach obigen Grundsätzen hätte gemacht werden können. — Hiernach kann die verliehene Sache also zurückgefordert werden.

zeit, kann die Leihe vom Entleiher jederzeit [57]), — vom Verleiher in folgenden Fällen aufgekündigt werden[58])

a) wenn er in Folge eines beim Abschluß des Vertrages nicht vorhergesehenen[59]) Umstandes der Sache bedarf[60]);

b) wegen vertragswidrigen Gebrauchs durch den Entleiher oder erheblicher Gefährdung durch nachlässige Behandlung[61]);

c) wegen Todes des Entleihers[62]). § 605.

57) Arg. §§ 271 Abs. 2, 609 Abs. 3 BGB.

58) Ohne Kündigungsfrist. Die Sache kann also unmittelbar zurückgegeben resp. zurückgefordert werden.

59) Nicht unvorhersehbaren! Der Verleiher ist auch in dieser Hinsicht nicht zur Sorgfalt verpflichtet.

60) Bei der Miethe ist dieser Endigungsgrund durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt. Vgl. l. 3 Cod. de loc. 4, 65; Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 235 ff.; Code Nap. Art. 1889.

61) S. schon oben II Ziff. 1a gegen Ende. Dazu gehört auch die unbefugte Ueberlassung der Sache an einen Dritten.

62) Die Leihe ist ein persönliches Vertrauensverhältniß. — Der Tod des Verleihers beendigt das Verhältniß nicht.

Notiz.

Da der Text des § 247 infolge Zerlegung der gehefteten Exemplare in zwei Hälften auf S. 592 abgebrochen werden mußte, ist der Schluß dieses Paragraphen zur Bequemlichkeit der Leser hier wiederholt.

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen und Leipzig.

Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

— Allgemeiner Theil. —

Von

Dr. L. Hellmann,

o. ö. Professor der Rechte an der Universität München.

8. 1897. M. 5.—. Gebunden M. 6.—.

Was bedeutet der Uebergang zum Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für die evangelische Kirche, insbesondere Badens?

Von

Dr. Ulrich Stutz,

o. ö. Professor der Rechte an der Universität Freiburg i. B.

8. 1899. M. —.60.

Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht.

Von

Dr. Ulrich Stutz,

o. ö. Professor der Rechte an der Universität Freiburg i. B.

Heinrich Dernburg zum 50jährigen Doktorjubiläum gewidmet.

Groß 8. 1900. M. 2.50.

H. Laupp'sche Buchhandlung in Tübingen.

Hauptstellen-Uebersichten zu den Neuen Reichsjustizgesetzen nebst Fristentabelle zur raschen Orientierung in der Praxis

von

L. Mittell,

Landgerichtsrat.

Klein 8. 1900. M. —.90.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei Freiburg i. B.

W. PETERS
Buchbinderei
München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Crome, Carl,

System des deutschen bürgerlichen Rechts

Bd.: 2,1

Tübingen u.a.] 1902

J.germ. 1345 b-2,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11169810-7